UFRGS 07012653
SABi

F IS PETRUS SABBATIUS
JUSTINIANUS

: J. CRETELLA JR. e AGNES CRETELLA

INSTITUTAS DO IMPERADOR JUSTINIANO

2.ª edição ampliada e
revista da tradução

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Scanned with CamScanner

RT TEXTOS FUNDAMENTAIS

INSTITUTAS DO IMPERADOR JUSTINIANO

Manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d. C.

Tradução:

J. CRETELLA JR.

e

AGNES CRETELLA

2ª edição ampliada e revista da tradução

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

Scanned with CamScanner

RT TEXTOS FUNDAMENTAIS

INSTITUTAS DO IMPERADOR JUSTINIANO

Manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d. C.

Tradução: J. CRETELLA JR. e AGNES CRETELLA

Tradução diretamente do original latino, em edição aos cuidados de V. Arangio-Ruiz e Antonio Guarino, Milano, 1943, Dott. A. Giuffrè Editore.

Loc.
34
J96i
2005
D. reg.: 20/03/2013
Reg. Dir.: 49172
R :
592622
0293

2ª edição ampliada e revista da tradução

1ª edição: 2000.

© desta edição: 2005

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Visite o nosso *site*: www.rt.com.br

SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-702-2433
(ligação gratuita de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil (03 - 2005)

ISBN 85-203-2725-7

Scanned with CamScanner

SUMÁRIO

A FIGURA DE JUSTINIANO 5
As Institutas 6

INSTITUIÇÕES DO IMPERADOR JUSTINIANO 15
Proêmio 15

O TEXTO DAS INSTITUTAS
LIVRO PRIMEIRO

Título I – Da justiça e do direito (*De justitia et de jure*) 21
Título II – Do direito natural, das gentes e civil (*De jure naturali, gentium et civili*) 23
Título III – Do direito das pessoas (*De jure personarum*) 27
Título IV – Dos ingênuos (*De ingeniis*) 28
Título V – Dos libertos (*De libertinis*) 29
Título VI – Os que não podem manumitir e por quais motivos (*Qui et quibus ex causis manumittere non possunt*) ... 31
Título VII – Da ab-rogação da lei Fúfia Canínia (*De lege Fufia Caninia sublata*) 34
Título VIII – Dos que são *sui juris* ou *alieni juris* (*De his qui sui juris vel alieni juris sunt*) 35
Título IX – Do pátrio poder (*De patria potestate*) 37
Título X – Do casamento (*De nuptiis*) 38
Título XI – Das adoções (*De adoptionibus*) 42

Scanned with CamScanner

Título XII – De que modos se extingue o poder sobre outrem (*Quibus modis jus potestatis solvitur*) 45

Título XIII – Das tutelas (*De tutelis*) 48

Título XIV – Os que podem nomear tutor por testamento (*Qui testamentum tutores dare possunt*) 50

Título XV – Da legítima tutela dos agnatos (*De legitima agnatorum tutela*) 52

Título XVI – Da diminuição de capacidade (*De capitis deminutione*) 53

Título XVII – Da legítima tutela dos patronos (*De legitima patronorum tutela*) 55

Título XVIII – Da tutela legítima dos ascendentes (*De legitima parentium tutela*) 56

Título XIX – Da tutela fiduciária (*De fiduciaria tutela*) 57

Título XX – Do tutor Atiliano e do tutor dado pela lei Julia e Titia (*De Atiliano tutore vel eo qui ex lege Julia et Titia dabatur*) 58

Título XXI – Da autoridade dos tutores (*De auctoritate tutorum*) .. 60

Título XXII – De que modos termina a tutela (*Quibus modis tutela finitur*) 61

Título XXIII – Das curatelas (*De curationibus*) 63

Título XXIV – Da fiança dos tutores ou dos curadores (*De satisdatione tutorum vel curatorum*) 65

Título XXV – Das escusas dos tutores ou dos curadores (*De excusationibus tutorum vel curatorum*) 67

Título XXVI – Dos tutores ou curadores suspeitos (*De suspectis tutoribus vel curatoribus*) 71

LIVRO SEGUNDO

Título I – Da divisão e da qualidade das coisas (*De divisione rerum et qualitate*) 77

Título II – Das coisas corpóreas e incorpóreas (*De rebus corporalibus et incorporalibus*) 87

Scanned with CamScanner

Título III – Das servidões (*De servitutibus*) 88

Título IV – Do usufruto (*De usufructu*) 90

Título V – Do uso e da habitação (*De usu et habitatione*) 92

Título VI – Do usucapião e das posses por longo tempo (*De usucapionibus et longi temporis possessionibus*) 94

Título VII – Das doações (*De donationibus*) 97

Título VIII – Quem pode e quem não pode alienar (*Quibus alienare licet vel non*) 100

Título IX – Das pessoas por meio das quais adquirimos (*Per quas personas nobis adquiritur*) 102

Título X – Das formalidades dos testamentos (*De testamentis ordinandis*) 105

Título XI – Do testamento militar (*De militari testamento*) 108

Título XII – Aqueles a quem não é permitido testar (*Quibus non est permissum facere testamentum*) 110

Título XIII – Da deserdação dos descendentes (*De exheredatione liberorum*) 112

Título XIV – Da instituição de herdeiro (*De heredibus instituendis*) 115

Título XV – Da substituição vulgar (*De vulgari substitutione*) 118

Título XVI – Da substituição pupilar (*De pupillari substitutione*) ... 119

Título XVII – De que modos se invalidam os testamentos (*Quibus modis testamenta infirmantur*) 121

Título XVIII – Do testamento inoficioso (*De inofficioso testamento*) ... 124

Título XIX – Das diferentes espécies de herdeiros (*De heredum qualitate et differentia*) 126

Título XX – Dos legados (*De legatis*) 129

Título XXI – Da revogação e da transferência dos legados (*De ademptione et translatione legatorum*) 138

Título XXII – Da lei Falcídia (*De lege Falcidia*) 139

Título XXIII – Das heranças fideicomissárias (*De fideicommissariis hereditatibus*) 141

Scanned with CamScanner

Título XXIV – Das coisas singulares deixadas em fideicomisso (*De singulis rebus per fideicommissum relictis*) 146

Título XXV – Dos codicilos (*De codicillis*) 148

LIVRO TERCEIRO

Título I – Das heranças deferidas abintestado (*De hereditatibus quae ab intestato deferuntur*) 153

Título II – Da sucessão legítima dos agnatos (*De legitima adgnatorum successione*) 159

Título III – Do senatusconsulto Tertuliano (*De senatusconsulto Tertulliano*) 163

Título IV – Do senatusconsulto Orfitiano (*De senatusconsulto Orfitiano*) 165

Título V – Da sucessão dos cognatos (*De successione cognatorum*) 166

Título VI – Dos graus de cognação (*De gradibus cognationis*) 168

Título VII – Da sucessão dos libertos (*De successione libertorum*) 172

Título VIII – Da assignação dos libertos (*De adsignatione libertorum*) 175

Título IX – Das posses dos bens (*De bonorum possessionibus*) ... 176

Título X – Da aquisição por ad-rogação (*De adquisitione per adrogationem*) 180

Título XI – Daquele a quem são adjudicados os bens em favor da liberdade (*De eo cui libertatis causa bona addicuntur*) 182

Título XII – Da revogação das sucessões que ocorriam pela venda dos bens e pelo senatusconsulto Claudiano (*De successionibus sublatis, quae fiebant per bonorum venditionem et ex senatusconsultum Claudiano*) 184

Título XIII – Das obrigações (*De obligationibus*) 185

Título XIV – Como se contrai a obrigação pela tradição da coisa (*Quibus modis re contrahitur obligatio*) 186

Título XV – Da obrigação verbal (*De verborum obligatione*) 188

Scanned with CamScanner

Título XVI – Dos co-estipulantes e dos co-promitentes (*De duobus reis stipulandi et promittendi*) 191

Título XVII – Da estipulação dos escravos (*De stipulatione servorum*) 192

Título XVIII – Da divisão das estipulações (*De divisione stipulationum*) 193

Título XIX – Das estipulações nulas (*De inutilibus stipulationibus*) .. 194

Título XX – Dos fiadores (*De fidejussoribus*) 200

Título XXI – Da obrigação literal (*De litterarum obligatione*) 202

Título XXII – Da obrigação consensual (*De consensu obligatione*) .. 203

Título XXIII – Da compra e venda (*De emptione et venditione*) 204

Título XXIV – Da locação e da condução (*De locatione et de conductione*) 207

Título XXV – Da sociedade (*De societate*) 209

Título XXVI – Do mandato (*De mandato*) 211

Título XXVII – Das obrigações quase-contratuais (*De obligationibus quasi ex contractu*) 214

Título XXVIII – Das pessoas pelas quais adquirimos obrigação (*Per quas personas nobis obligatio adquiritur*) 217

Título XXIX – Dos modos de extinguir a obrigação (*Quibus modis obligatio tollitur*) 219

LIVRO QUARTO

Título I – Das obrigações que nascem de um delito (*De obligationibus quae ex delicto nascuntur*) 225

Título II – Dos bens roubados com violência (*De bonis vi raptis*) 231

Título III – Da lei Aquilia (*De lege Aquilia*) 233

Título IV – Dos atos contrários ao direito (*De injuriis*) 237

Título V – Das obrigações que nascem do quase-delito (*De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*) 240

Título VI – Das ações (*De actionibus*) 242

Scanned with CamScanner

Título VII – Dos contratos com os *alieni juris* (*Quod cum eo contractum est qui in aliena potestate est*) 252

Título VIII – Das ações noxais (*De noxalibus actionibus*) 256

Título IX – Se o quadrúpede tiver causado dano (*Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur*) 258

Título X – Daqueles pelos quais podemos litigar (*De his per quos agere possumus*) 259

Título XI – Das fianças (*De satisdationibus*) 260

Título XII – Das ações perpétuas e temporárias e das que se transmitem aos herdeiros e contra eles (*De perpetuis et temporalibus actionibus et quae ad heredes et in heredes traseunt*) 262

Título XIII – Das exceções (*De exceptionibus*) 264

Título XIV – Das réplicas (*De replicationibus*) 267

Título XV – Dos interditos (*De interdictis*) 269

Título XVI – Da pena aplicada aos litigantes temerários (*De poena temere litigantium*) 273

Título XVII – Do ofício do juiz (*De officio judicis*) 275

Título XVIII – Dos processos públicos (*De publicis judiciis*) 277

APÊNDICE 281

Enquirídion, ou Manual Elementar 283

Novela 118 295

Novela 127 300

Scanned with CamScanner

LIVRO PRIMEIRO

DAS INSTITUIÇÕES OU ELEMENTOS DE NOSSO PERPÉTUO SENHOR JUSTINIANO AUGUSTO, COMPOSTAS NÃO SÓ POR TRIBONIANO, VARÃO EXCELSO E EX-QUESTOR DO SACRO PALÁCIO, DOUTÍSSIMO NO DIREITO, COMO TAMBÉM POR DOROTEU, VARÃO MAGNÍFICO, ANTIGO QUESTOR, JURISPERITO E PROFESSOR NA ÍNCLITA CIDADE DE BERITA.

Scanned with CamScanner

Título I

DA JUSTIÇA E DO DIREITO

(*De justitia et de jure*)

Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu.*

§ 1.º – Jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto.**

§ 2.º – Conhecidas estas noções gerais, e começando a expor aos principiantes os direitos do povo romano, parece-nos que os assuntos podem ser apresentados de modo muito cômodo, se cada um for tratado a princípio por um método leve e simples, e mais tarde com diligentíssima e exatíssima interpretação, porque, se desde o começo sobrecarregarmos o espírito do estudante, ainda rude e fraco, com uma multidão e variedade de noções, de duas uma: ou o faremos desertar dos estudos, ou o conduziremos tardiamente, e com grande trabalho e desgostos, o que muitas vezes afasta os moços daquilo a que poderiam chegar mais cedo e sem grande trabalho, levados por método mais suave.

§ 3.º – Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não causar dano a outrem, dar a cada um o que é seu.***

(*) *Jus est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere.*

(**) *Jurisprudentia est notitia divinarum et humanarum, rerum justi et injusti scientia.*

(***) *Praecepta juris sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

Scanned with CamScanner

§ 4.º – Duas são as posições deste estudo: o público e o privado. *Direito público é o que se refere à República Romana; privado é o direito que versa interesses dos particulares*. Deve-se dizer que o direito privado é tripartido, porque consta de preceitos do direito natural, do direito das gentes e do direito civil.

Scanned with CamScanner

Título II

DO DIREITO NATURAL, DAS GENTES E CIVIL

(De jure naturali, gentium et civili)

Direito natural é o que a natureza ensinou a todos os animais, direito este que não é peculiar ao gênero humano, mas comum a todos os animais que nascem no céu, na terra e no mar. Dele resulta a união do macho e da fêmea, a que chamamos matrimônio, a criação dos filhos, e sua educação. Vemos, em verdade, que também os outros animais usam desse direito, como se o conhecessem.

§ 1.º – Divide-se o direito em direito civil e direito das gentes. Todos os povos que se regem por leis e costumes usam, em parte, do seu próprio direito, e em parte de um direito comum a todos os homens. O direito que um povo toma para si é, exclusivamente, o direito da própria cidade ou não, e chama-se direito civil, isto é, direito próprio da cidade, mas o direito que a razão natural constituiu para todos os homens é observado igualmente por todos, chamando-se direito das gentes, isto é, direito de que usam todos os povos. E, assim, o povo romano usa em parte do seu próprio direito, e em parte do direito comum a todos os homens. Destes direitos diremos, nos respectivos lugares, quais sejam.

§ 2.º – Chama-se direito civil o direito de cada cidade, como, por exemplo, o direito dos atenienses; assim, se alguém quiser chamar as leis de Sólon ou de Drácon de direito dos atenienses não cometerá erro. Denominamos também direito civil dos romanos aquele usado pelo povo

Scanned with CamScanner

romano, e direito civil dos *Quirites* aquele usado pelos *Quirites*, pois os romanos se chamam *Quirites*, nome derivado de Quirino. Todas as vezes que dissermos *direito*, sem especificar de que povo se trata, queremos aludir ao nosso próprio direito, assim como também quando dizemos *poeta*, e não lhe citamos o nome, se entende, entre os gregos, o egrégio Homero e, entre nós, Virgílio.

O direito das gentes é comum a toda espécie humana. Com as exigências dos costumes e das necessidades, os povos humanos criaram certas regras. Surgiram depois as guerras, seguiram-se a prisão e a escravidão, todas contrárias ao direito natural, porque, pelo direito natural, todos os homens, desde o princípe, nascem livres. Do direito das gentes se originaram quase todos os contratos, como a compra e venda, a *locatio conductio*, a sociedade, o depósito, o mútuo e inúmeros outros.

§ 3.º – O nosso direito divide-se em escrito e não escrito, como o dos gregos, cujas leis são algumas escritas e outras não-escritas.

Incluem-se entre o direito escrito a lei, o plebiscito, o senatusconsulto, as Constituições Imperiais, os editos dos magistrados e as respostas dos prudentes.

§ 4.º – Lei é o que o povo romano constituía, por iniciativa de um magistrado senador, como, por exemplo, o cônsul. Plebiscito é o que a plebe constituía, por iniciativa de um juiz plebeu ou de um tribuno.

Difere a *plebe* do *povo*, como a *espécie* difere do *gênero*. Pelo nome de povo se designam todos os cidadãos, compreendidos também os patrícios e senadores. Pelo nome de plebe designam-se os demais cidadãos, excetuados os patrícios e os senadores. Porém, depois de promulgada a Lei Hortênsia, os plebiscitos começaram a ter o mesmo valor que as leis.

§ 5.º – Senatusconsulto é o que o senado ordena e constitui. Como a população romana tivesse aumentado de tal modo que ficou difícil convocá-la para sancionar as leis, pareceu justo consultar o Senado ao invés de consultar o povo.

Scanned with CamScanner

§ 6.º – Também o que agradou ao príncipe tem força de lei;* pela lei Régia, que foi promulgada a respeito de seus poderes, o povo lhe concedeu e estabeleceu nele todo o seu império e poder. Tudo aquilo que, portanto, o Imperador constituiu por um rescrito, ou conhecendo, decretou, ou preceituou, em edito, tem força de lei.

Estas decisões do príncipe são denominadas Constituições Imperiais; destas, algumas são pessoais, as quais não constituem exemplo a ser seguido, pois o príncipe assim não o quis, pois, se o príncipe perdoou a alguém por mérito, ou se lhe aplicou sanção, ou se o auxiliou, este exemplo não passa de sua pessoa, mas as outras Constituições, como são gerais, obrigam, sem dúvida, a todos.

§ 7.º – Os editos dos pretores têm grande força legislativa. Costumamos chamar, a esse direito, direito honorário, porque provém daqueles que ocupam cargos de honra, isto é, os magistrados, que lhe deram autoridade. Os *edis curuis* publicavam também editos sobre certos assuntos, e estes fazem também parte do direito honorário.

§ 8.º – Respostas dos prudentes são sentenças e opiniões daqueles a quem era permitido criar o direito, porque antigamente se permitiu que algumas pessoas interpretassem publicamente o direito, às quais foi dado pelo Imperador o direito de responder, chamando-se, por isso, de jurisconsultos. Tais sentenças e opiniões tinham tal autoridade, que não era permitido ao juiz afastar-se dessas respostas, segundo está disposto em lei.

§ 9.º – Não-escrito é o direito que o uso aprovou, porque os costumes repetidos, diuturnamente, e aprovados pelo consenso dos que os usam, equivalem à lei.

§ 10 – Não é por equívoco que o direito civil se apresenta dividido em duas partes, porque parece que a sua origem vem das instituições das duas cidades, Atenas e Lacedemônia, pois, nessas cidades, costumava proceder-se deste modo: os lacedemônios costumavam confiar à memória aquilo que observavam como lei, ao passo que os atenienses guardavam por escrito as suas leis.

(*) *Quod placuit principi habet legis vigorem.*

Scanned with CamScanner

§ 11 – Os direitos naturais, que se observam igualmente entre todos os povos, constituídos por uma espécie de Providência divina, permanecem sempre firmes e imutáveis. Os direitos que cada cidade constituiu, para si, muitas vezes mudam, ou pelo consenso tácito do povo, ou pela promulgação de lei posterior.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

TÍTULO III

DO DIREITO DAS PESSOAS

(*De jure personarum*)

Todo direito que usamos se refere às pessoas, às coisas ou às ações. Tratemos, em primeiro lugar, das pessoas, porque não se pode conhecer o direito sem conhecer as pessoas por cuja causa ele foi constituído.

A suprema divisão do direito das pessoas é esta: todos os homens ou são livres ou são escravos.

§ 1.° – Liberdade, de onde vem a denominação *liberi*, livres, é a faculdade natural daquele a quem é lícito fazer tudo quanto deseja, a não ser que seja impedido pela força ou pelo direito.

§ 2.° – Escravidão é o instituto do direito das gentes, pelo qual alguém é, contra a natureza, sujeito ao domínio de outrem.

§ 3.° – Os escravos são, assim, chamados servos, porque os generais costumavam vender os prisioneiros, e, por isso, os conservavam (*servare*) ao invés de matá-los. São também chamados *mancipia*, mancípios, porque são aprisionados pela mão dos inimigos.

§ 4.° – Os servos ou nascem assim ou se tornam. Nascem, assim, das nossas escravas, tornando-se escravos, ou nascem pelo direito das gentes, isto é, pelo cativeiro, ou pelo direito civil, quando um homem livre, maior de vinte anos, consente em vender-se para participar do preço.

§ 5.° – Na condição de escravos, não há diferença; na dos livres há muitas, pois são ingênuos ou libertos.

Scanned with CamScanner

Título IV

DOS INGÊNUOS
(*De ingeniis*)

Ingênuo é a pessoa que é livre desde que nasce, quer provenha do matrimônio de dois ingênuos ou de dois libertos, ou, ainda, de um liberto e de um ingênuo.

§ 1.º – Se alguém nasce de mãe livre e de pai escravo é ingênuo, do mesmo modo que quem nasce de mãe livre e de pai incerto, porque ele foi concebido de pai incerto. Se mulher livre tiver concebido e der à luz depois de ficar escrava, aquele que dela nascer nasce livre, porque a desgraça da mãe não deverá prejudicar aquele que estava no ventre. Diante disso tem-se perguntado: se uma escrava grávida for manumitida, e depois de tornar a cair em escravidão der à luz, o filho deverá ser livre ou escravo? Marciano declara que o filho nasce livre. É suficiente para aquele que está no ventre ter a mãe livre no período que vai da concepção ao parto, o que é verdade.

§ 2.º – Quando alguém nasceu ingênuo, não perde essa qualidade pelo fato de ter caído em escravidão, posteriormente, e o de ter sido, em seguida, manumitido. Muitas vezes tem sido resolvido que a manumissão não prejudica os direitos do nascituro.

Scanned with CamScanner

TÍTULO V

DOS LIBERTOS
(*De libertinis*)

Libertos são os que foram manumitidos de uma justa escravidão. Manumissão, portanto, é a dação da liberdade, porque, quando alguém está na escravidão, está sob a mão (*mancipium*) e sob o poder de outrem, e, uma vez manumitido, liberta-se desse poder. O instituto da escravidão nasceu do direito das gentes. Como pelo direito natural todos os homens nascem livres, a manumissão não era conhecida, como também não o era a escravidão. Porém, depois que o direito das gentes criou a escravidão, introduziu-se igualmente o benefício da manumissão, de modo que todos os homens eram a princípio chamados do mesmo modo, e mais tarde começaram a ser divididos em três espécies pelo direito das gentes: os *livres* e, opostos a estes, os *escravos*, e os *libertos*, terceira espécie, formada pelos que tinham deixado de ser escravos.

§ 1.º – Ocorre de muitos modos a manumissão: por Constituições Imperiais, nas sacrossantas igrejas, por vindicta, entre amigos, por epístola, por testamento, ou por qualquer outra manifestação de última vontade.

De muitos outros modos, porém, se pode dar a liberdade aos escravos, modos que foram introduzidos não só pelas antigas Constituições como pelas nossas.

§ 2.º – Os escravos podem sempre ser manumitidos pelos senhores que os libertam até mesmo de passagem, como quando o pretor, o presidente ou o procônsul vão às termas ou ao teatro.

Scanned with CamScanner

§ 3.º – Os libertos dividiam-se antigamente em três espécies. Os que conseguiam maior e mais justa liberdade e se tornavam cidadãos romanos, os que conseguiam menor liberdade e se tornavam *latinos* pela lei Júnia Norbana, e os que conseguiam liberdade inferior e se consideravam *dedititícios* (*se dederunt*) pela lei Aelia Sentia. Porém já há muito tempo a péssima condição dos *dedititícios* caiu em desuso, e o nome *latino* também passou a não ser usado com freqüência.

Por isso, a nossa generosidade, desejando tudo melhorar e corrigir, emendou este ponto com duas Constituições, reduzindo a liberdade ao seu primitivo estado.

Nos primeiros tempos de Roma, havia a liberdade pura e simples, a saber, a que tinha o manumissor, salvo quando o manumitido era liberto e o manumissor era ingênuo.

Suprimimos os peregrinos dedititícios por uma de nossas Constituições, que promulgamos entre as nossas decisões, pelas quais, mediante conselho de nosso ilustre Triboniano, varão esclarecido e questor, pusemos fim às controvérsias do antigo direito.

A respeito dos latinos junianos, e do que relativamente a eles se observava, por conselho do mesmo questor, corrigimos por outra Constituição, que se distingue das decisões imperiais.

E outorgamos a cidadania romana a todos os libertos sem distinção, quer quanto à idade do manumitido, quer quanto ao domínio do manumissor, quer ainda quanto à forma de manumissão, como era anteriormente, acrescentando muitos modos pelos quais a liberdade pode ser outorgada aos escravos com os direitos de cidadania romana, a qual é a única liberdade que hoje existe.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título VI

OS QUE NÃO PODEM MANUMITIR E POR QUAIS MOTIVOS

(Qui et quibus ex causis manumittere non possunt)

Não é permitido a qualquer pessoa manumitir quando quiser, a seu bel prazer, porque o que manumite, em fraude de credores, age de modo nulo, porque a lei Aelia Sentia impede a dação de liberdade.

§ 1.º – É lícito ao senhor insolvente instituir o escravo seu herdeiro, com a liberdade, em seu testamento, para que ninguém mais se torne seu herdeiro, único e necessário, ou porque não haja herdeiro escrito, ou porque o escrito, por qualquer causa, não se tenha tornado herdeiro. É isso o que dispõe e com razão a lei Aelia Sentia. Era na verdade indispensável que os insolventes, que não tinham herdeiros, tivessem por herdeiro necessário o seu escravo, o qual pagasse aos seus credores, ou que, este não o fazendo, os credores pudessem vender os bens da herança, em nome do escravo, para que não se injuriasse a memória do defunto.

§ 2.º – O mesmo direito se observa, ainda que o escravo seja instituído herdeiro sem lhe ter sido dada liberdade. Porque uma nossa Constituição ordenou que não só no caso do senhor insolvente, mas, em geral, por motivo de humanidade, a liberdade fosse concedida pelo fato de ter o escravo sido instituído herdeiro, pois não é verossímil que o testador

Scanned with CamScanner

tenha querido que permanecesse escravo o instituído a ele sem herdeiros, pelo fato de haver esquecido de dar-lhe a liberdade.

§ 3.º – Considera-se manumissão, em fraude de credores, no caso daquele que, na época da manumissão, não está solvente, ou daquele que, obtendo a liberdade, deixasse de ficar solvente. Todavia, tem prevalecido a opinião de que, não tendo o manumissor o ânimo de fraudar, esse fato não impede a liberdade, ainda que seus bens não bastem para os credores. Os homens esperam muitíssimo das suas forças, e, por isso, entendemos que não se permita a liberdade quando de um e de outro modo se fraudam credores, isto é, pela intenção do manumitente e pelo próprio fato de não serem suficientes os bens para o pagamento dos credores.

§ 4.º – Segundo a mesma lei Aelia Sentia, não se permite ao senhor de menos de vinte anos manumitir, a não ser *por vindicta*, depois de ser justa a causa da manumissão aprovada pelo conselho.

§ 5.º – Eis as causas legítimas da manumissão se alguém quiser manumitir seu pai ou sua mãe, filho ou filha, irmão ou irmã por natureza, o preceptor, a ama, o filho desta, ou o irmão ou irmã de leite, o colega ou a colega de escola, ou o escravo para fazer deste seu procurador, ou uma escrava para com ela casar-se, contanto que o casamento se realize dentro de seis meses, salvo impedimento legal, contanto que o manumitido, para ser seu procurador, não seja menor de dezessete anos.

§ 6.º – Uma vez aprovada a causa da manumissão, quer verdadeira, quer falsa, não se permite a retratação.

§ 7.º – Como pela lei Aelia Sentia se estabeleceu um meio especial de manumissão para os homens com menos de vinte anos, acontecia que os que tinham catorze anos completos, embora pudessem fazer testamento, e nele instituir herdeiro e deixar legados, não podiam, entretanto, dar liberdade ao escravo, se ainda fossem menores de vinte anos. Era inadmissível que não pudesse dar liberdade a seu escravo aquele a quem se dava o poder de dispor por testamento da totalidade de seus bens. Por tais razões permitimos que, por última vontade, disponha de seus escravos, bem como de outros bens como quiser, podendo dar-lhes liberdade.

Scanned with CamScanner

Como, porém, a liberdade é bem inestimável, por esse motivo os antigos proibiam dar liberdade ao escravo antes dos vinte anos, mas nós escolhemos um termo médio, só permitindo ao menor de vinte anos dar a liberdade em testamento ao escravo, se ele tiver completado dezessete anos e entrado nos dezoito. Com efeito, se os antigos permitiam que os dessa idade postulassem por outrem, por que não acreditar que tem bastante maturidade de espírito para ter o direito de dar liberdade a seus escravos?

Scanned with CamScanner

Título VII

DA AB-ROGAÇÃO DA LEI FÚFIA CANÍNIA

(De lege Fufia Caninia sublata)

A lei Fúfia Canínia tinha estabelecido um modo especial para a manumissão dos escravos por testamento. Resolvemos ab-rogá-la, por constituir um obstáculo à alforria de certo modo odioso, porque seria desumano que os vivos tivessem a faculdade de libertar todos os escravos, a não ser que outra causa impedisse essa liberdade, e que aos moribundos se negasse essa mesma faculdade.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título VIII
DOS QUE SÃO *SUI JURIS* OU *ALIENI JURIS*
(De his qui sui juris vel alieni juris sunt)

Eis outra divisão do direito das pessoas. Algumas pessoas são *sui juris*, outras são submetidas ao poder de outrem, os *alieni juris*. E, entre as que estão submetidas ao poder alheio, umas estão sob o poder dos pais, outras de seus senhores. Tratemos das pessoas que se acham sujeitas ao poder alheio, pois se conhecermos quais são essas pessoas, saberemos, ao mesmo tempo, quais são as que não se acham sujeitas ao poder de ninguém. Vejamos, em primeiro lugar, as que se acham sujeitas ao poder do senhor.

§ 1.º – Sob o poder do senhor, acham-se os escravos e esse poder é do direito das gentes, pois poderemos observar igualmente em todas as nações que os senhores têm direito de vida e morte sobre seus escravos; e tudo aquilo que o escravo adquire é adquirido para o senhor.

§ 2.º – Hoje, entretanto, não permitimos a nenhum homem, que viva sob nosso Império, que maltrate seus escravos sem motivo legal, pois, pela Constituição do imperador Antonino Pio, aquele que mata seu escravo sem motivo é punido com as mesmas penas que receberia se tivesse matado escravo alheio. E também por essa Constituição é punido o rigor excessivo dos senhores, porque, consultado por alguns Presidentes de Província, a respeito dos escravos que se escondem nos Templos Sagrados, ou junto da estátua do Imperador, que, se for intolerável a crueldade dos senhores, sejam estes obrigados a vender o escravo em boas condições, sendo o preço entregue aos senhores, e com razão, pois inte-

Scanned with CamScanner

ressa à República que ninguém use mal suas coisas. As palavras do referido rescrito, dirigido a Élio Marciano, são as seguintes:

"Convém que o poder dos senhores sobre os escravos seja intangível, e que a ninguém se negue o seu direito, mas é do interesse dos senhores que não se negue proteção aos que pedem auxílio contra a crueldade, a fome, ou o rigor intolerável. Por isso se deve tomar conhecimento das queixas dos que, dentre os escravos de Júlio Sabino, se abrigaram sob a estátua do Imperador, e, se os trataram mais duramente do que a eqüidade permite, ou se os cobriram de injúria infame, manda vendê-los para que não mais voltem para o poder do senhor. E se este quiser burlar por meio de subterfúgios minha Constituição, fique ciente de que eu o executarei mais severamente".

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

TÍTULO IX
DO PÁTRIO PODER
(*De patria potestate*)

Sob nosso poder acham-se nossos filhos, que procriamos em justas núpcias.

§ 1.º – Núpcias, ou matrimônio, são a união do homem e da mulher, com um costume indivisível de vida.

§ 2.º – O direito do poder, que temos sobre nossos filhos, é próprio dos cidadãos romanos, porque não há outros homens que tenham sobre os filhos o poder que nós temos.

§ 3.º – Portanto, aquele que nasceu de ti e de tua mulher, fica sob teu pátrio poder. Do mesmo modo aquele que nasceu de teu filho e da mulher dele, isto é, teu neto ou neta, e também o bisneto e a bisneta, e assim os demais. Aquele, porém, que nasceu de tua filha, não está sob o teu pátrio poder, mas sob o pátrio poder do pai dele.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

TÍTULO X

DO CASAMENTO
(*De nuptiis*)

Contraem justas núpcias, entre si, os cidadãos romanos, que se unem segundo os preceitos legais, homens púberes com mulheres núbeis, quer sejam pais de família ou filhos de família, mas, se forem filhos de família, precisam do consentimento dos pais sob cujo pátrio poder se acham. O direito civil e o natural assim o determinam, de modo que o consentimento paterno deve preceder o casamento.

Daí vem a seguinte pergunta: o filho ou a filha do louco podem casar-se?

Como a respeito do filho havia muita discussão, promulgamos a nossa Constituição mediante a qual permitimos que, a exemplo da filha do louco, também o filho do louco pudesse casar sem a intervenção paterna, segundo o modo indicado nessa Constituição.

§ 1.° – Não é com toda e qualquer mulher que podemos casar, porque com algumas não nos devemos unir. Não podem ser contraídas núpcias entre pessoas que estão entre si na qualidade de ascendentes ou descendentes, como o pai com a filha, o avô com a neta, a mãe com o filho, a avó com o neto, e assim por diante.

E, se tais pessoas as contraírem, as núpcias são criminosas e incestuosas.

E esta proibição é tal que, ainda que sejam ascendentes ou descendentes por adoção, não podem unir-se em matrimônio, regra esta que se observa, ainda mesmo depois de extinta a adoção. Assim, aquela que foi

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

tua filha ou neta adotiva, não podes receber em matrimônio, ainda que a emancipes.

§ 2.° – Também entre as pessoas ligadas por parentesco colateral existe igual observância, porém, não tão rigorosa. Certamente o casamento é proibido entre irmão e irmã, quer sejam nascidos do mesmo pai e mãe, quer apenas do mesmo pai ou da mesma mãe.

Todavia, se a mulher se tornou tua irmã adotiva, enquanto subsiste a adoção, sem dúvida, não podes casar com ela, mas, depois de dissolvido o casamento pela emancipação, poderás recebê-la como esposa. O mesmo acontece no caso de seres tu o emancipado.

E também está estabelecido que, se alguém quiser adotar o genro, deve antes disso emancipar a filha, e se alguém quiser adotar a nora, deve antes disso emancipar o filho.

§ 3.° – Não é lícito alguém casar com a filha do irmão ou da irmã, também não sendo permitido o casamento com a neta do irmão ou da irmã, ainda que se trate do quarto grau. Quando o casamento não é permitido com a filha, do mesmo modo não é permitido com a neta.

Não estás, todavia, impedido de casar com a filha da mulher que teu pai adotou, porque não é tua parenta, nem pelo direito natural nem pelo direito civil.

§ 4.° – Os filhos de dois irmãos ou de duas irmãs, ou de um irmão e de uma irmã, podem casar.

§ 5.° – Igualmente, ninguém pode casar com a tia materna, nem com a tia paterna, porque estão na linha dos ascendentes.

Pela mesma razão se proíbe o casamento com a tia avó materna, e com a tia avó paterna.

§ 6.° – Em razão da afinidade, devem ser evitados certos casamentos, como o casamento com a enteada ou com a nora, as quais se classificam como filhas.

Isso se deve entender, quando a mulher foi tua enteada ou nora, porque, se ainda for tua nora, isto é, se ainda se achar casada com teu filho, por outro motivo não podes casar com ela, a saber, porque não podes casar com duas ao mesmo tempo.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Do mesmo modo, se ainda for tua enteada, isto é, se a mãe dela for tua mulher, pela mesma maneira não podes desposá-la, porque não é permitido ter duas mulheres simultaneamente.

§ 7.º – É também proibido desposar a sogra, ou a madrasta, porque elas estão no lugar da mãe, proibição esta que só tem efeito depois de extinta a afinidade. Aliás, se ainda for tua madrasta, isto é, se for mulher de teu pai, está impedida de casar contigo, por direito comum, porque a mesma mulher não pode casar com dois homens ao mesmo tempo. Do mesmo modo, se for tua sogra, isto é, se a filha dela for tua mulher, estás impedido de casar porque não podes ter duas mulheres.

§ 8.º – Todavia, o filho nascido do marido e de outra mulher, assim como a filha da mulher e de outro marido, ou reciprocamente, podem contrair matrimônio, quer tenham irmão ou irmã nascidos do casamento posteriormente contraído, quer não.

§ 9.º – Se tua mulher, depois do divórcio, tiver filha com outro, esta não é tua enteada, mas Juliano entende que se deve evitar esse casamento.

É certo que a noiva do filho não é nora do pai, nem a noiva do pai é madrasta do filho, mas procederá melhor, e mais juridicamente, quem se abstiver de tais núpcias.

§ 10 – Sem dúvida, as cognações formadas na escravidão são impedimento para o casamento, se o pai e a filha, ou o irmão e a irmã passaram a ser emancipados.

§ 11 – Há também outras pessoas que, por diversos motivos, não podem casar-se e estas se acham enumeradas no *Digesto* ou *Pandectas*, coleções do direito antigo.

§ 12 – Se, contra o que dissemos, alguém apenas se unir, não haverá nem marido nem mulher, nem núpcias, nem matrimônio, nem dote. Assim, os filhos que nasceram dessa união não se acham sob o poder paterno, mas são equiparados, no que se refere ao pátrio poder, aos nascidos de pai incerto. Estes, com efeito, se reputam não terem pai, por terem pai incerto, e por isso se consideram *espúrios*, ou, na língua grega, *sporaden*, filhos sem pai. Daí a conseqüência que, dissolvida a referida união, não ocorre a restituição do dote. Além disso, os que contraem casamento proibido sofrem também outras penas, que estão capituladas nas Constituições Imperiais.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

§ 13 – Acontece, também, algumas vezes que os filhos, logo que nascem, não se acham sob o poder dos ascendentes, porém mais tarde ficam sob esse poder. Esse é o caso daquele que, sendo filho natural, depois foi dado à cúria, e se tornou sujeito ao poder paterno, esse é também o caso daquele que, procriado por mulher livre, cujo casamento não era proibido por lei, mas com a qual seu pai tinha tido simplesmente relação sexual, depois de feitos os instrumentos dotais, segundo a nossa Constituição, entrou para o poder paterno. Essa situação nossa Constituição também conferiu aos demais filhos que nascerem ulteriormente desse casamento.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título XI

DAS ADOÇÕES
(*De adoptionibus*)

Estão sob nosso pátrio poder não só os nossos filhos por natureza, como também aqueles que adotamos.

§ 1.° – A adoção opera-se de dois modos: em razão de rescrito imperial, ou de autoridade do magistrado. Em virtude da autoridade do Imperador, adotamos aqueles ou aquelas que são *sui juris*, e esta espécie de adoção se chama *ad-rogação*. Em virtude da autoridade do magistrado, adotamos aqueles ou aquelas que se acham em poder dos ascendentes, quer no primeiro grau, como o filho ou a filha, quer em grau inferior, como o neto ou a neta, o bisneto ou a bisneta.

§ 2.° – Hoje, porém, pela nossa Constituição, quando o filho de família é dado em adoção a um estranho por seu pai, por natureza os direitos do pai de modo algum se perdem, ou se transferem para o pai adotivo, e o filho não fica sob o poder deste, ainda que nós lhe concedamos os direitos sucessórios abintestado. Se, todavia, o pai por natureza der em adoção o filho, não a um estranho, mas ao avô materno do filho, ou se o próprio pai for emancipado, ou se for dado em adoção ao avô paterno, ou ao bisavô paterno ou materno, neste caso, já que concorrem na mesma pessoa os direitos naturais e os de adoção, fica estável o direito do pai adotivo, unido ora por laço natural, ora por força legal da adoção, de modo que o filho entra para a família e para o poder do pai adotivo.

§ 3.° – A ad-rogação de um impúbere, em virtude de um rescrito do príncipe, não se permite, a não ser com conhecimento de causa, indagando-se se é própria e se convém ao pupilo.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

A adoção realiza-se sempre mediante certas condições, que são: o ad-rogante deve prestar caução a uma pessoa pública, prometendo que restituirá os bens do pupilo àqueles que seriam chamados por sucessão, se não tivesse havido a adoção, no caso de vir a falecer o pupilo ainda impúbere; do mesmo modo, não pode o ad-rogante emancipá-lo a não ser que prove ao magistrado que o pupilo mereceu a emancipação, e, então, lhe deve entregar os bens. Porém, se vem a deserdá-lo ao morrer, ou se o pai o emancipou, quando vivo, sem justo motivo, fica obrigado a deixar-lhe a quarta parte dos bens, ou seja, além dos bens que passarem ao pai adotivo, por ocasião da adoção e dos bens adquiridos posteriormente.

§ 4.° – O menor de idade não pode adotar o de idade maior. A adoção imita a natureza, sendo coisa assombrosa que o filho seja mais velho do que o pai. Aquele que adota um filho ou o ad-roga deve ter mais do que ele a puberdade plena, isto é, dezoito anos.

§ 5.° – Pode adotar-se como neto, bisneto, neta, bisneta, e assim por diante, ainda que não se tenha filho.

§ 6.° – Pode adotar-se o filho de um outro como neto, e bem assim o neto como filho.

§ 7.° – Se alguém adota um neto, supondo-o filho de um filho adotado, ou de um filho natural que o tem sob o seu poder, este último deve consentir também na adoção, para que não tenha herdeiro contra a vontade.

Ao contrário, o avô pode dar em adoção o neto, sem consentimento do filho.

§ 8.° – Sob muitos aspectos, aquele que é adotado, ou ad-rogado, assemelha-se ao filho nascido de matrimônio legítimo. Assim, se alguém adotou um não estrangeiro por meio de rescrito do Imperador, ou de decisão do pretor ou do Presidente da Província, pode dar o adotado em adoção a outro.

§ 9.° – Há algo de comum entre as duas adoções, a saber, a dos que não podem gerar, como os impotentes, e podem adotar, mas os castrados não o podem.

§ 10 – As mulheres também não podem adotar, porque os filhos naturais não se acham sob seu poder, mas, por benevolência do príncipe, como consolo se tiverem perdido os filhos, podem adotar.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

§ 11 – A adoção feita por decisão imperial caracteriza-se pelo fato de que, se um pai que tem filhos em seu poder se dá em ad-rogação, não somente ele fica sujeito ao poder do ad-rogante, mas os filhos em seu poder também se sujeitam como netos a esse poder do ad-rogante.

Assim, o imperador Augusto não quis adotar Tibério, senão depois que este adotou Germânico, a fim de que, imediatamente depois de feita a adoção, Germânico passasse a ser neto de Augusto.

§ 12 – Referem os antigos que Catão escreveu que os escravos, quando adotados, por este só fato se tornavam livres.

Nós, guiados por esta decisão, declaramos, numa nossa Constituição, livre também aquele a quem o senhor em ato público chamou de filho, ainda que isso não baste para lhe dar a qualidade de filho.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

TÍTULO XII
DE QUE MODOS SE EXTINGUE O PODER SOBRE OUTREM
(*Quibus modis jus potestatis solvitur*)

Vejamos agora quais os modos pelos quais os que se acham submetidos ao poder alheio se libertam desse poder. Já vimos, ao tratar da manumissão, como os escravos se libertam do poder de seus senhores. Aqueles que estão sob o poder de um ascendente, pela morte deste, se tornam *sui juris*. Mas há aqui uma distinção: morto o pai, certamente os filhos e filhas se tornam *sui juris*; morto, porém, o avô, nem sempre os netos e as netas se tornam *sui juris*, mas somente no caso de, por morte do avô, não caírem sob o poder do pai. Se, por ocasião da morte do avô, estiver vivo o pai, e eles estavam sob o poder do avô, depois da morte daquele, os netos ficam sob o poder do pai. Se, ao tempo da morte do avô, o pai já era falecido ou saiu da família daquele, os filhos não podem recair sob o poder de ninguém e se tornam *sui juris*.

§ 1.° – Aquele que por algum crime é deportado para uma ilha, perde a cidadania, e, como conseqüência, é riscado do número dos cidadãos romanos, e seus filhos deixam de estar sob seu poder, como se ele tivesse morrido. Pelo mesmo motivo, aquele que está sob o poder de um ascendente deixa de ficar a ele sujeito, se é deportado para uma ilha, mas, se obtém, por indulgência do príncipe, uma restituição por inteiro, volta ao primitivo estado.

§ 2.° – Os pais relegados a uma ilha conservam os filhos em seu poder, e, reciprocamente, os filhos relegados permanecem no poder dos ascendentes.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

§ 3.° – Aquele que se torna escravo da pena deixa de ter os filhos em seu poder. Escravo da pena é o condenado às minas, ou exposto às feras.

§ 4.° – O filho de família que se torna soldado, senador, ou cônsul, continua sob o poder paterno, porque a milícia ou a dignidade consular não libertam o filho do pátrio poder. Todavia, pela nossa Constituição, a alta dignidade de patrício, imediatamente depois de entregue a patente imperial, liberta o filho do poder do pai. Seria porventura admissível que o pai pudesse, pela emancipação, livrar de seu poder o filho, e não fosse bastante, para libertá-lo desse poder, a majestade do Imperador, a respeito daquele que escolheu para seu pai?

§ 5.° – Se o ascendente cair em poder do inimigo, e, pois, se tornar seu escravo, permanece em suspenso o pátrio poder, em virtude do direito de *postliminium*, pois os aprisionados pelo inimigo, ao voltar, readquirem todos os antigos direitos.

Por esta razão, o que regressa terá também os filhos sob seu poder, porque o *postliminium* supõe que o prisioneiro permaneceu sempre na cidade. Se o pai morrer no cativeiro, o filho se torna *sui juris* desde o momento em que o cativeiro começou.

Se o filho ou o neto cai em poder do inimigo, do mesmo modo, pelo *postliminium* fica suspenso o pátrio poder. A palavra *postliminium* vem de *post* (depois) e *limes* (soleira, limiar). Por isso, o aprisionado pelo inimigo que volta às nossas fronteiras se diz *reversum postliminium* (que voltou depois para a soleira). Isso porque, do mesmo modo que a soleira de uma casa é uma espécie de fronteira, consideraram os antigos a fronteira uma espécie de soleira; este é o motivo pelo qual emprega a palavra *limes* para indicar o limite ou a fronteira, empregando-se *postliminium* para indicar que o prisioneiro voltou à mesma fronteira que havia perdido.

Também aquele que foi aprisionado, e que, pela derrota do inimigo, foi libertado, volta em virtude do *postliminium*.

§ 6.° – Além disso, os filhos também deixam de estar sob o poder dos ascendentes pela emancipação. A emancipação fazia-se, antes, por meio de fórmulas antigas do direito, por meio de vendas imaginárias e manumissões, ou por meio de rescrito imperial. A nossa sabedoria também reformou este ponto para melhor mediante uma Constituição. Suprimida a ficção antiga, os ascendentes apresentam-se diretamente aos

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

juízes ou magistrados, para libertar do seu poder os filhos ou filhas, netos ou netas, e assim por diante.

Então, em virtude do edito do pretor, conferem-se ao ascendente, sobre os bens do filho ou da filha, do neto ou da neta, emancipados, os mesmos direitos que os patronos têm sobre os bens dos libertos e, no caso em que o filho ou filha, ou outro descendente, for impúbere, o ascendente adquire, pela manumissão, a sua tutela.

§ 7.º – É de notar-se que aquele que tem sob seu pátrio poder um filho e um neto, ou neta, filhos deste, pode emancipar o filho, conservando o neto sob seu poder, e, reciprocamente, pode conservar o filho sob seu poder, e emancipar o neto ou a neta, ou torná-los *sui juris*. O mesmo diremos dos bisnetos e bisnetas.

§ 8.º – Se o pai der em adoção o filho que tem em seu poder ao avô ou bisavô por natureza, segundo as nossas Constituições sobre essa matéria, isto é, se manifestar essa intenção nos autos perante o magistrado competente, na presença do adotado que não se opõe, e na do adotante, extingue-se o pátrio poder do pai por natureza, passando para o pai adotivo, em cuja pessoa a adoção é pleníssima.

§ 9.º – Se tua nora concebeu de teu filho, e depois emancipares a este, ou o deres em adoção, estando ela grávida, o que dela nascer ficará sob o teu pátrio poder, mas, se for concebido depois da emancipação, ou da adoção, fica sujeito ao pátrio poder de seu pai emancipado, ou do avô adotivo.

§ 10 – Os filhos, quer por natureza, quer adotivos, têm pouquíssimos meios de obrigar os ascendentes a emancipá-los.

UFRGS
Faculdade de Direito
Biblioteca

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título XIII

DAS TUTELAS

(*De tutelis*)

Passemos agora a outra divisão das pessoas. Entre as que não estão sob o pátrio poder de outrem, algumas estão sob tutela, ou sob curatela, e outras não estão nem sob tutela nem sob curatela. Vejamos, primeiro, as que se acham sob tutela, ou curatela, porque, assim, ficaremos sabendo quais as que estão livres de uma ou de outra. Tratemos, em primeiro lugar, das pessoas que se acham sob tutela.

§ 1.º – Tutela é, conforme a definiu Sérvio, o direito e o poder com autoridade sobre pessoa livre, dada e permitida pelo direito civil, para proteger aquele que pela idade não pode se defender.

§ 2.º – Tutores são os que têm esse poder e essa autoridade, e, desse mesmo fato, tiraram o nome, pois se chamam tutores, quer dizer *tuitores*, ou defensores, do mesmo modo por que se chamam de *aeditui* os que zelam (*tuentur*) pelos edifícios (*aedes*).

§ 3.º – É permitido aos ascendentes dar tutores por testamento aos descendentes impúberes que eles têm sob seu pátrio poder, aplicando-se aos filhos ou filhas. Quanto aos netos e netas, entretanto, os ascendentes só lhes podem dar tutores por testamento, quando, pela morte do avô, não tenham de ficar sob o pátrio poder do pai. Assim, se teu filho, por ocasião de tua morte, estiver sob o teu pátrio poder, os teus netos, filhos dele, não poderão receber tutor por teu testamento, ainda que estejam sob o teu pátrio poder, atualmente, porque, depois de tua morte, ficarão sob

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

§ 4.º – Como em muitos outros casos os póstumos se consideram nascidos, também neste ponto se decidiu que aos póstumos se pode dar tutor em testamento, do mesmo modo que aos já nascidos, contanto que se achem em situação tal que, se nascessem, estando vivos seus pais, seriam herdeiros seus, e recairiam sob seu poder.

§ 5.º – Se foi dado tutor pelo pai em testamento ao filho emancipado, deve esse fato ser confirmado por sentença do Presidente em todos os casos, isto é, sem indagação.

Scanned with CamScanner

TÍTULO XIV

OS QUE PODEM NOMEAR TUTOR POR TESTAMENTO

(Qui testamentum tutores dare possunt)

Pode ser nomeado tutor não só o pai de família, como o filho de família.

§ 1.º – Pode-se, por testamento, nomear tutor o próprio escravo, concedendo-lhe ao mesmo tempo a liberdade. Mas o escravo se torna livre quando é dado como tutor, mesmo sem a liberdade, porque esta ele a recebe tacitamente, assumindo, assim, validamente a tutela. Não prevalece esta regra, quando, por engano, um escravo foi nomeado tutor, julgando-se que ele era livre.

Não se pode em testamento nomear tutor, pura e simplesmente, o escravo alheio, porém isso é facultado, com condição: *quando ele, mais tarde, for livre*. Se com esta condição se nomeasse tutor o escravo próprio, a nomeação seria nula.

§ 2.º – Louco ou menor de vinte e cinco anos, nomeado tutor em testamento, assumirá a tutela, se sarar, ou quando atingir vinte e cinco anos.

§ 3.º – Pode-se, sem dúvida, nomear tutor até certo tempo, ou a partir de certo tempo, sob condição, ou antes da instituição de herdeiro.

§ 4.º – Não se pode nomear tutor para certa coisa ou para negócio especial, porque tutor é dado à pessoa e não à coisa ou ao negócio.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

§ 5.º – Se alguém nomear tutor os próprios filhos ou filhas, entende-se que também nomeou os póstumos,[1] porque, com o nome de filho ou filha, também se compreende o póstumo ou póstuma. Mas, se forem netos, deve estender-se a estes a nomeação de tutor feita aos filhos? Sim, se o *de cujus* usou a expressão *liberi*; não, se usou a expressão *filii*, porque há muita diferença nas expressões *nepotes* (netos) e *filii* (filhos). Se for nomeado tutor aos póstumos, entende-se que foi dado também aos outros descendentes.

(1) Pessoas concebidas depois da redação do testamento. N. dos T.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

TÍTULO XV

DA LEGÍTIMA TUTELA DOS AGNATOS

(*De legitima agnatorum tutela*)

Aqueles a quem por testamento não foi nomeado tutor têm por tutores, segundo a Lei das XII Tábuas, os agnatos, os quais se chamam tutores legítimos.

§ 1.º – Agnatos são os cognatos (parentes) pelo lado masculino, ou seja, cognatos pelo lado paterno, como, por exemplo, o irmão nascido do mesmo pai, o filho do irmão, o neto do irmão, e também o tio paterno, o filho e neto dele. Os cognatos, pelo lado feminino, não são agnatos, mas somente cognatos por direito natural (cognatos). Assim, o filho de tua tia paterna não é teu agnato, mas teu cognato (parente), e, reciprocamente, tens com ele o mesmo parentesco de cognação, porquanto os que nascem seguem a família paterna e não a materna.

§ 2.º – Quando a lei convoca os agnatos do intestado à tutela, não os convoca somente quando aquele que poderia nomear os tutores morreu sem testamento algum, mas também quando morreu intestado com relação à tutela. Isso também acontece quando o tutor, nomeado por testamento, morre antes do testador.

§ 3.º – O direito de agnação extingue-se, regra geral, pela diminuição da capacidade, porque a agnação é vínculo de direito civil. O direito de cognação, todavia, não se extingue em todos os casos, porque a lei civil pode revogar os direitos civis, mas não pode destruir o direito natural.

Scanned with CamScanner

Título XVI
DA DIMINUIÇÃO DE CAPACIDADE
(*De capitis deminutione*)

A diminuição de capacidade (*capitis deminutio*) é a mudança do primitivo estado, ocorrendo de três modos: máxima, menor, que alguns chamam média, e mínima.

§ 1.° – Dá-se a diminuição máxima de capacidade quando alguém perde, ao mesmo tempo, a cidadania e a liberdade, como ocorre com aqueles que, por condenação terrível, se tornam escravos da pena, ao liberto condenado por ingratidão para com o patrono, ou ao que se deixou vender para participar do preço.

§ 2.° – Dá-se a diminuição menor de capacidade, ou média, quando alguém perde a cidadania, mas conserva a liberdade, o que acontece com aquele a quem se interditou o uso da água e do fogo (foi exilado), ou àquele que foi deportado para uma ilha.

§ 3.° – Dá-se a diminuição mínima da capacidade quando alguém conserva a cidadania e a liberdade, mas tem modificado o seu estado, o que acontece àqueles que foram *sui juris* e se tornaram *alieni juris*.

Inversamente, se o filho de família for emancipado pelo pai, sofre aumento de capacidade.

§ 4.° – Quando o escravo é manumitido, não sofre diminuição de capacidade, porque não tinha, anteriormente, capacidade.

§ 5.° – Aquele que muda de dignidade antes de mudar de estado não sofre diminuição de capacidade, como os senadores, excluídos do Senado.

Scanned with CamScanner

§ 6.º – Quando se diz que o direito de cognação subsiste, mesmo depois de diminuída a capacidade, isso se refere à diminuição mínima de capacidade, pois, neste caso, a cognação permanece.

Se sobrevier a diminuição máxima de capacidade, o direito de cognação perece, como, por exemplo, quando o agnato cai em escravidão, não se restabelecendo a cognação mesmo depois da manumissão.

A cognação extingue-se também pela deportação para uma ilha.

§ 7.º – Ainda que a tutela caiba aos agnatos, não cabe a todos, simultaneamente, mas somente aos mais próximos em grau; mas, se há vários do mesmo grau, então cabe a todos.

Scanned with CamScanner

Título XVII

DA LEGÍTIMA TUTELA DOS PATRONOS

(*De legitima patronorum tutela*)

Pela mesma Lei das XII Tábuas a tutela dos libertos e das libertas cabe aos patronos e a seus descendentes.

Esta tutela é também denominada legítima, não porque pode ser expressamente estabelecida na lei, mas porque foi aceita pela interpretação, como se tivesse sido introduzida pelo texto legal.

Pelo fato de a lei ordenar que a herança dos libertos e das libertas, falecidos intestados, coubesse aos patronos e a seus descendentes, entenderam os antigos que a lei lhes queria dar também a tutela, visto como os agnatos que ela chama à herança são também tutores, pois, geralmente, onde existe a vantagem da sucessão deve também existir o ônus da tutela.

Dizemos *geralmente,* porque se o escravo impúbere é manumitido por mulher, esta é chamada à herança, e, no entanto, a tutela cabe a outrem.

Scanned with CamScanner

TÍTULO XVIII

DA TUTELA LEGÍTIMA DOS ASCENDENTES

(*De legitima parentium tutela*)

A exemplo da tutela dos patronos, introduziu-se outra espécie de tutela, que também recebe o nome de legítima. Se alguém emancipar, antes da puberdade, o filho ou a filha, o neto ou a neta, filhos do filho, e assim por diante, será o tutor legítimo.

Scanned with CamScanner

Título XIX

DA TUTELA FIDUCIÁRIA
(*De fiduciaria tutela*)

Há ainda outra modalidade de tutela que se chama tutela fiduciária.

Quando o ascendente emancipa, antes da puberdade, o filho ou a filha, o neto ou a neta, e assim por diante, fica revestido de tutela legítima.

Pelo falecimento do ascendente, se este deixar filhos do sexo masculino, estes se tornam tutores fiduciários de seus filhos, irmãos, irmãs, e outros.

Entretanto, por morte do patrono, tutor legítimo, seus filhos são, como ele, tutores legítimos. Esta diferença se explica do seguinte modo: o filho do *de cujus*, se, em vida do pai, por este não tivesse sido emancipado, tornar-se-ia *sui juris*, depois da morte do pai, e não cairia sob o pátrio poder dos irmãos, motivo pelo qual não fica sob tutela legítima. O liberto, ao contrário, se tivesse permanecido escravo, ficaria, do mesmo modo, sempre sujeito aos filhos do senhor depois da morte deste.

Estas pessoas somente são chamadas à tutela se são maiores, o que a nossa Constituição determinou, como regra geral, para todas as tutelas e curatelas.

Scanned with CamScanner

Título XX

DO TUTOR ATILIANO E DO TUTOR DADO PELA LEI JULIA E TITIA

(*De Atiliano tutore vel eo qui ex lege Julia et Titia dabatur*)

Se alguém se achava totalmente sem tutor, dava-se-lhe um, na cidade romana, o *pretor urbano*, e a maioria dos tribunos da plebe em virtude da lei Atilia, ao passo que, nas províncias, o tutor era dado pelos Presidentes em virtude da lei Julia e Titia.

§ 1.º – Mesmo se, em testamento, houvesse sido dado um tutor sob condição ou a termo, enquanto pendente a condição ou o termo, poder-se-ia dar tutor em virtude das mesmas leis. Do mesmo modo, se se houvesse dado um tutor, pura e simplesmente, enquanto não houvesse herdeiro pelo testamento, era necessário pedir, de acordo com as mesmas leis, um tutor, cujas funções cessavam com a realização da condição, com o decurso do prazo, ou com a existência de um herdeiro.

§ 2.º Quando o tutor era feito prisioneiro pelo inimigo, segundo as mesmas leis, se pedia outro tutor, cujas funções cessavam assim que o prisioneiro voltasse, pois, ao voltar, recebia a tutela pelo direito de postlimínio.

§ 3.º – Deixou-se de dar tutores aos pupilos por essas leis desde que os cônsules, e depois os pretores, em virtude das Constituições, começaram a dar tutores aos pupilos de ambos os sexos. Porque, naquelas leis, não se estatuía coisa alguma nem sobre a fiança que se deve exigir dos tutores, para garantir os interesses dos pupilos, nem sobre os meios de obrigar os tutores a administrar a tutela.

Scanned with CamScanner

§ 4.º – De acordo com o direito atual, em Roma, o prefeito da cidade, ou o pretor, conforme sua jurisdição, e, nas províncias, os presidentes, nomeiam tutores, mediante investigação prévia, e também nomeiam magistrados por autorização do presidente, se a fortuna do pupilo não for considerável.

§ 5.º – Nós, porém, por nossa Constituição, querendo abolir essas dificuldades de pessoas, ordenamos, que, independente da autorização do presidente, se a fortuna do pupilo ou do adulto não exceder de 500 soldos, os defensores das cidades, juntamente com o santo bispo respectivo, ou as outras pessoas públicas, isto é, os magistrados, ou o juiz de Alexandria, possam dar tutores e curadores. A fiança legal deve ser prestada, de acordo com a mesma Constituição, isto é, por conta de quem a recebe.

§ 6.º – É conforme ao direito natural que o impúbere fique sob tutela, a fim de que o que não tem idade para defender-se fique sob proteção alheia.

§ 7.º – Tendo os tutores administrado os negócios dos pupilos e pupilas, devem prestar contas depois da puberdade pela ação de tutela.

Scanned with CamScanner

TÍTULO XXI

DA AUTORIDADE DOS TUTORES
(*De auctoritate tutorum*)

A intervenção do tutor, em certos casos, é necessária aos pupilos; em outros não o é, como, por exemplo, no caso em que se estipula que alguma coisa lhes seja dada, quando, então, não é necessária a intervenção do tutor. Ao contrário, se os pupilos prometerem alguma coisa a outrem, é necessária a intervenção, porque lhes é permitido melhorar sua condição, mas não podem piorá-la, a não ser com a intervenção do tutor.

Donde se conclui que, nos casos em que nascem obrigações recíprocas, como compras, vendas, locações, conduções, mandatos, depósitos, se não houver intervenção do tutor, os que contratam com o pupilo se obrigam, mas o pupilo não fica obrigado para com eles.

§ 1.º – Não pode, entretanto, nem adir a herança, nem demandar a posse dos bens, nem receber herança por fideicomisso, a não ser com a intervenção do tutor, ainda que lhes sejam vantajosas, e não sofram perda alguma.

§ 2.º – O tutor, presente ao negócio, se julgar que é útil ao pupilo, deve dar-lhe imediatamente autorização.

§ 3.º – Se houver demanda entre pupilo e tutor, este não pode intervir na própria causa, pois, do contrário, seria autor contra si mesmo.

Por isso, não se nomeia, em seu lugar, como antigamente, um tutor pretoriano, mas um curador que intervém no feito, e cujas funções cessam com a terminação da demanda.

Scanned with CamScanner

Título XXII

DE QUE MODOS TERMINA A TUTELA

(Quibus modis tutela finitur)

Os pupilos e pupilas, desde que atingem a puberdade, se libertam da tutela.

Os antigos calculavam, entretanto, a puberdade dos homens não somente pela idade, como também pelo desenvolvimento do corpo.

A nossa majestade entendeu, porém, digno da decência de nossos tempos estender-se também aos homens a consideração que faziam os antigos a respeito das mulheres, isto é, que era contrário aos bons costumes o exame do estado do corpo. Assim, por uma Constituição imperial dispusemos que a puberdade, nos homens, começasse com catorze anos completos, sem alterar a regra antiga sobre as mulheres, pela qual se consideravam púberes as mulheres que completassem doze anos.

§1.° – Igualmente, a tutela termina se o pupilo, ainda impúbere, é ad-rogado, deportado, ou tornado escravo, ou, ainda, se cai prisioneiro do inimigo.

§ 2.° – Se o tutor foi nomeado por testamento até a realização de certa condição, deixa de ser tutor quando há a realização dessa condição.

§ 3.° – Do mesmo modo, extingue-se a tutela pela morte dos tutores ou dos pupilos.

§ 4.° – Também pela *capitis deminutio* do tutor, que acarrete a perda da liberdade ou da cidadania, se extingue qualquer tutela.

Scanned with CamScanner

Mas a *capitis deminutio* do tutor, por exemplo, se o tutor se deu em adoção, extingue somente a tutela legítima e não as demais espécies.

A *capitis deminutio* do pupilo, mesmo sendo mínima, põe fim a todas as demais tutelas.

§ 5.º – Além disso, os tutores, dados em testamento, por determinado tempo, abandonam a tutela, decorrido esse tempo.

§ 6.º – Deixam também de ser tutores os que são removidos da tutela, por terem sido julgados suspeitos, ou os que se escusam com justa causa, e depõem o ônus de administrar a tutela, na conformidade do que em seguida diremos.

Scanned with CamScanner

Título XXIII
DAS CURATELAS
(*De curationibus*)

Os púberes, homens e mulheres, até os vinte e cinco anos completos, têm curadores, porque, embora sejam púberes, não se acham ainda em estado de defender seus interesses.

§ 1.º – Os curadores são nomeados pelos mesmos magistrados que os tutores, mas não podem ser nomeados por testamento, mas, uma vez nomeados, a nomeação por testamento é confirmada por decreto do pretor ou do presidente.

§ 2.º – Adolescentes não recebem curador contra a vontade, a não ser curador à lide, podendo-se-lhes, porém, dar curador para um negócio especial.

§ 3.º – Os loucos e os pródigos, embora maiores de vinte e cinco anos, estão sob a curatela dos agnatos pela Lei das XII Tábuas.

Mas, comumente, em Roma, o prefeito da cidade, ou o pretor, e, nas províncias, os presidentes, dão-lhes curadores, mediante prévia averiguação.

§ 4.º – É necessário, entretanto, nomear curadores para os mentecaptos, surdos, mudos, e enfermos de moléstia incurável, porque não podem superintender seus negócios.

§ 5.º – Muitas vezes os pupilos também recebem curadores, como, por exemplo, quando o tutor legítimo não é idôneo, porque não se pode dar segundo tutor a quem já tem tutor nomeado.

Scanned with CamScanner

Do mesmo modo, se o tutor nomeado em testamento, pelo pretor ou pelo presidente, não for idôneo para a administração, ainda que administre sem fraude, costuma-se nomear curador para servir conjuntamente.

Do mesmo modo se nomearão curadores, em lugar de tutores que se escusam, não indefinidamente, mas por certo tempo.

§ 6.º – Se o tutor, por saúde precária, ou por outra contingência, fica impedido de administrar os negócios do pupilo, e o pupilo se achar ausente ou for menor, o pretor ou o presidente da província escolherá e nomeará por decreto um procurador, sob responsabilidade do mesmo tutor.

Scanned with CamScanner

Título XXIV

DA FIANÇA DOS TUTORES OU DOS CURADORES

(De satisdatione tutorum vel curatorum)

Para que o patrimônio dos pupilos, pupilas e dos sujeitos à curatela não seja consumido ou diminuído, o pretor vela para que os tutores e curadores lhes garantam a gestão.

Esta regra não é sem exceção, porque os tutores nomeados por testamento não são obrigados à fiança, porque sua fidelidade e zelo foram reconhecidos pelo testador.

Os tutores e curadores, nomeados mediante prévia investigação, também não são obrigados à fiança, porque foram escolhidos pela idoneidade.

§ 1.º – Se, por testamento, ou por prévia investigação, forem nomeados dois ou mais tutores, um deles pode oferecer fiança como garantia do pupilo ou do adolescente, a fim de, ou ser preferido a seu co-tutor ou co-curador, e administrar sozinho, ou obrigar o co-tutor ou o co-curador a oferecer fiança, se quiser ser preferido e assumir, só, a administração dos negócios.

Assim, um deles não pode pedir por si a fiança do seu co-tutor ou do seu co-curador, mas deve oferecer-lhe, para que o co-tutor ou o co-curador tenha a escolha, ou de aceitar a fiança que oferece, ou de dá-la por sua vez.

Se nenhum deles prestar fiança, e um foi designado no testamento, deve este exercer a tutela.

Scanned with CamScanner

Se não foi designado, exercerá a tutela aquele que a maioria indicar, segundo ordena o edito do pretor.

Se, porém, os tutores não chegarem a um acordo a respeito de quem deva gerir a tutela, o pretor deve escolher livremente.

Estes princípios aplicam-se também ao caso de terem sido nomeados diversos tutores, mediante prévia averiguação, isto é, a maioria indicará quem deva administrar.

§ 2.º – Os tutores e curadores não só respondem perante os pupilos, adultos e outros, pela administração dos seus negócios, como também estes podem ajuizar ação subsidiária contra os que recebem a fiança, ação que lhes pode permitir a interposição de um último recurso.

Cabe ação subsidiária contra os que não cuidaram inteiramente de haver fiança dos tutores e curadores, ou a aceitaram sendo insuficiente, e se estende também a seus herdeiros, segundo as respostas dos jurisconsultos, e as Constituições Imperiais.

§ 3.º – Nessas Constituições, está estabelecido que, se os tutores ou curadores não quiserem prestar fiança, lhes sejam penhorados os bens para garantia.

§ 4.º – Nem o prefeito da cidade, nem o pretor, nem o presidente de província, nem qualquer outro, investido de poderes para nomear tutores, fica sujeito a tal ação, mas apenas aqueles que costumam exigir fiança.

Scanned with CamScanner

TÍTULO XXV
DAS ESCUSAS DOS TUTORES OU DOS CURADORES
(*De excusationibus tutorum vel curatorum*)

Várias são as causas mediante as quais se exime alguém de ser tutor ou curador, porém, a mais comum delas é o número de filhos que a pessoa tem sob seu pátrio poder, ou de emancipados.

Se alguém tem três filhos vivos em Roma, quatro na Itália, ou cinco nas províncias, pode eximir-se da tutela ou da curatela, como acontece com os ocupantes de outros cargos, porque a tutela e a curatela são cargos públicos.

Não se contam os filhos adotivos, mas os dados em adoção contam-se em favor do pai por natureza.

Os netos, filhos do filho, contam-se quando tomam o lugar do pai; os netos, filhos da filha, não se contam.

Somente se contam para eximir-se da tutela ou da curatela os filhos vivos, não os mortos. Mas, pergunta-se: conta-se quando mortos na guerra? Sem dúvida se contam quando mortos em combate, porque os que pereceram pela República vivem eternamente na glória.

§ 1.º – O divino imperador Marco Aurélio, porém, em seus *Semestres*, respondeu, em rescrito, que aquele que administra o Fisco pode, durante a administração, eximir-se da tutela ou da curatela.

§ 2.º – Os ausentes, a serviço da República, são dispensados da tutela ou da curatela. Se já eram tutores ou curadores, e depois se ausenta-

Scanned with CamScanner

ram a serviço da República, ficam dispensados da tutela ou da curatela durante o tempo da ausência, e, durante esse tempo, nomeia-se um curador para substituí-los.

Ao voltarem, assumem o cargo, porque, como diz Papiniano, no livro V das suas *Respostas*, não têm um ano de dispensa, pois este prazo só o tem os que são nomeados para novas tutelas.

§ 3.º – Os que se acham investidos de pátrio poder podem escusar-se, segundo o rescrito do imperador Marco Aurélio, mas não podem abandonar a tutela já iniciada.

§ 4.º – Nenhum tutor ou curador pode eximir-se, segundo o rescrito do imperador Marco Aurélio, por estar demandando com o pupilo ou com um adulto, salvo se a demanda versar sobre todos os bens, ou sobre sua herança.

§ 5.º – Três tutelas ou curatelas, não solicitadas, também dispensam o tutor ou curador, durante a administração. Deve-se notar, todavia, que a tutela de vários pupilos, ou a curatela de seus bens, como, por exemplo, a de irmãos, conta-se como uma só tutela ou curatela.

§ 6.º – A pobreza, demostrando o nomeado que a tutela lhe excede as forças, também é razão de escusa, constando isso do rescrito dos Imperadores irmãos, e do imperador Marco Aurélio.

§ 7.º – É também motivo de escusa a moléstia pela qual alguém fica impedido de ocupar-se dos próprios negócios.

§ 8.º – Um rescrito do imperador Antonino Pio dispensa os analfabetos, ainda que possam algumas vezes ser capazes de administrar.

§ 9.º – O que o pai, por testamento, nomeou tutor, por inimizade, está por este mesmo fato eximido de aceitar o cargo. Ao contrário, não se eximiriam os que prometeram ao pai administrar bem a tutela.

§ 10 – Não se admite, como escusa, o fato de o nomeado desconhecer o pai do pupilo, segundo o rescrito dos Imperadores irmãos.

§ 11 – A inimizade que alguém teve com o pai dos pupilos ou adultos, se for profunda, e, se não houve reconciliação, costuma escusar da tutela ou curatela.

Scanned with CamScanner

§ 12 – O que sofreu por parte do pai do pupilo uma contestação do seu estado é escusado da tutela.

§ 13 – O maior de setenta anos pode ser dispensado do exercício da tutela ou da curatela. Os menores de vinte e cinco anos antigamente tinham escusa, mas pela nossa Constituição são proibidos de exercer a tutela e a curatela, e por isso não têm essa necessidade. A referida Constituição dispõe que nem os pupilos nem os adultos sejam chamados à tutela legítima, porque é inadmissível que os reconhecidos como necessitados do auxílio de outrem possam assumir a tutela ou curatela dos próprios negócios, e colocados sob direção alheia.

§ 14 – Os soldados, mesmo querendo, não podem exercer a tutela.

§ 15 – Em Roma, os gramáticos, os retóricos, os médicos, e também os que exercem essas profissões em suas pátrias, estando compreendidos no número legal, são dispensados da tutela ou da curatela.

§ 16 – O que pretende ser dispensado, se tiver solicitado várias dispensas, e algumas forem rejeitadas, não fica proibido de apresentar outras, dentro do prazo.

Os que querem eximir-se não o fazem por via de apelação, mas, qualquer que seja a espécie de tutela ou curatela, isto é, qualquer que seja a maneira pela qual foram nomeados, devem eximir-se dentro de 50 dias contínuos, a partir daquele em que souberam da nomeação, se estiverem a menos de 100 milhas do lugar dela.

Se estiverem a mais de 100 milhas, conta-se mais um dia para cada 20 milhas, e, além disso, mais 30 dias.

Este cálculo deve fazer-se, como dizia Cévola, de modo que o prazo nunca seja menor do que 50 dias.

§ 17 – Considera-se que a nomeação de tutor é feita em relação a todo o patrimônio.

§ 18 – Quem exerce a tutela de uma pessoa não fica obrigado a assumir-lhe a curatela. Assim, se o pai de família nomeou alguém tutor por testamento, e acrescentou que seria também curador, o nomeado não pode ser obrigado a assumir a curatela, segundo o rescrito dos imperadores Severo e Antonino.

Scanned with CamScanner

§ 19 – Os mesmos Imperadores decidiram em rescrito que o marido, nomeado como curador da mulher, pode eximir-se, ainda que tenha exercido a curatela.

§ 20 – Se, com alegações falsas, conseguiu alguém eximir-se da tutela, não fica isento das responsabilidades disso advindas.

Scanned with CamScanner

Título XXVI

DOS TUTORES OU CURADORES SUSPEITOS

(*De suspectis tutoribus vel curatoribus*)

A acusação de suspeição é oriunda da Lei das XII Tábuas.

§ 1.º – A remoção dos tutores suspeitos compete, em Roma, ao pretor, e, nas províncias, aos presidentes, e ao lugar-tenente do procônsul.

§ 2.º – Depois de examinar os magistrados competentes para conhecer da acusação da suspeição, vejamos quem pode ser acusado. Todos os tutores, quer testamentários, quer de qualquer outra espécie, podem ser acusados. Por isso, pode também o tutor legítimo ser acusado.

E o patrono? Também pode, ainda que se deva ter em vista poupar-lhe a reputação, mesmo removendo-o como suspeito.

§ 3.º – Vejamos agora quem pode acionar os suspeitos. A ação é pública, isto é, facultada a todos. E mais ainda: admitem-se também as mulheres, segundo o rescrito dos imperadores Severo e Antonino, mas somente as que são levadas por um sentimento afetivo, como a mãe, a ama, a avó, e também a irmã. Porém, se outra mulher, com sentimentos piedosos (parecendo ao pretor não contradizer o recato de seu sexo) se compadecer do prejuízo dos pupilos, também será admitida.

Scanned with CamScanner

§ 4.º – Os impúberes não podem acusar seus tutores de suspeitos; os púberes podem acusar os curadores com a aprovação dos parentes, reunidos em conselho.

Assim dispôs o rescrito dos imperadores Severo e Antonino.

§ 5.º – Suspeito é quem administra infielmente a tutela, mesmo sendo solvente, como escreveu Juliano.

Mesmo antes de iniciada a tutela, o tutor pode ser removido como suspeito.

O mesmo Juliano assim escreveu, e assim decidiu também uma Constituição.

§ 6.º – O suspeito removido por dolo tem a nota de infâmia, mas não a tem o suspeito removido por culpa.

§ 7.º – Se alguém é acusado de suspeição, enquanto não houve decisão final, fica-lhe interdita a administração, segundo Papiniano.

§ 8.º – Se, durante a ação de suspeição, o tutor ou o curador morre, a ação é suspensa.

§ 9.º – Se o tutor não comparece para fazer calcular os alimentos do pupilo, a epístola dos imperadores Severo e Antonino ordena que o pupilo entre na posse dos bens, e que, depois de nomeado o curador, sejam vendidas as coisas que se deteriorarem.

Por isso, pode remover-se como suspeito o tutor que não fornece alimentos.

§ 10 – Se comparece e, alegando pobreza, deixa de providenciar alimentos, e essa alegação é mentirosa, deve ser enviado ao prefeito da cidade para ser punido, como é enviado aquele que, subornando os oficiais do Juízo, se eximiu da tutela.

§ 11 – O liberto que, comprovadamente, geriu com fraude a tutela dos filhos ou netos do patrono, é levado ao prefeito da cidade para que tenha punição.

§ 12 – Finalmente, os que administram fraudulentamente a tutela ou a curatela devem ser removidos, ainda que prestem fiança, porque esta

Scanned with CamScanner

não lhes muda o propósito malévolo; antes, lhes faculta meios de, por mais tempo, dilapidar o patrimônio do pupilo.

§ 13 – Consideramos também suspeito aquele cujos costumes o tornam tal.

O tutor ou curador, embora pobre, sendo honesto e diligente, não deverá ser removido como suspeito.

LIVRO SEGUNDO

Scanned with CamScanner

TÍTULO I

DA DIVISÃO E DA QUALIDADE DAS COISAS

(*De divisione rerum et qualitate*)

No livro anterior, expusemos o direito das pessoas. Passemos agora às coisas que se acham no nosso patrimônio ou fora do nosso patrimônio. Algumas coisas, por direito natural, são comuns a todos, outras são públicas, outras pertencem a corporações, outras a ninguém, e, a maior parte, aos particulares, coisas adquiridas de vários modos como exporemos oportunamente.

§ 1.º – Por direito natural são comuns a todos o ar, a água corrente, o mar, e, portanto, as praias.

Todos têm o direito de chegar até a praia do mar, contanto que não toquem nas chácaras, nos monumentos e nos edifícios, pois não são de direito das gentes como o mar.

§ 2.º – Todos os rios e portos são públicos; por isso, é comum a toda pessoa o direito de neles pescar.

§ 3.º – Entende-se como praia do mar o terreno até onde chega a maior maré.

§ 4.º – O uso público das margens dos rios é de direito das gentes, do mesmo modo que o uso dos próprios rios. Assim, a todos é lícito atracar embarcações, atar amarras às árvores ali nascidas, descarregar bagagem, assim como navegar pelo rio.

A propriedade das margens pertence, porém, aos donos dos prédios adjacentes, e, por tal motivo, também lhes pertencem as árvores ali nascidas.

Scanned with CamScanner

§ 5.º – O uso das praias, como o do mar, é também de direito das gentes, e a todos é lícito ali construir cabanas nas quais permaneçam, secar redes e retirá-las da água.

§ 6.º – Pertencem a uma corporação as coisas que não são particulares, como os teatros, os estádios, e outras que são comuns às cidades.

§ 7.º – São *nullius* (de ninguém) as coisas sagradas, religiosas e santas, pois o que é de direito divino a ninguém pertence.

§ 8.º – Coisas sagradas são as que os pontífices consagraram somente a Deus, como os edifícios sagrados e as oferendas dedicadas ao serviço da divindade, e tais coisas, pela nossa Constituição, não podem ser alienadas ou suscetíveis de obrigação, salvo para redenção dos cativos. Não é, porém, sagrado, mas profano, aquilo que alguém considera sagrado para si, por seu próprio arbítrio. O lugar em que o edifício sagrado está construído permanece sagrado, como escreveu Papiniano, ainda que o edifício seja destruído.

§ 9.º – Qualquer pessoa pode, por livre vontade, tornar religioso um terreno que lhe pertença, pelo fato de inumar ali um cadáver.

Não pode, porém, inumar em terreno comum e profano sem consentimento dos condôminos, mas num sepulcro comum pode inumar, mesmo sem aquele consentimento. Se o usufruto foi alienado, o proprietário não pode tornar religioso o terreno, sem o consentimento do usufrutuário. Pode-se inumar em terreno alheio, desde que o dono o consinta, e, mesmo, quando o consentimento é posterior à inumação, o terreno tornar-se-á religioso.

§ 10 – As coisas santas, como os muros e as portas, são de algum modo de direito divino e, por isso, a ninguém pertencem.

Chamamos santos os muros, porque foi imposta a pena de morte aos que cometessem delito contra eles, e pela mesma razão denominamos *sanção* a parte das leis em que se impõem penas contra os que lhe violarem as disposições.

§ 11 – As coisas entram para a propriedade dos particulares de muitas maneiras. Realmente, a propriedade de alguns se adquire por direito natural, que, como dissemos, se chama direito das gentes, e a de outros por direito civil. Para maior comodidade começaremos pelo direito mais

Scanned with CamScanner

antigo que, evidentemente, é o direito natural, o qual nasceu da própria natureza das coisas com o gênero humano, ao passo que o direito civil surgiu quando se fundaram as cidades, se nomearam os magistrados e se escreveram as leis.

§ 12 – Os animais selvagens, os pássaros e os peixes, isto é, todos os animais que nascem na terra, no céu e no mar, no mesmo instante em que são capturados, se tornam, pelo direito das gentes, propriedade daquele que os apanha. Aquilo que a ninguém pertence, a razão natural manda dar ao primeiro ocupante. Pouco importa que sejam apanhados em terreno próprio ou alheio. É certo, entretanto, que o proprietário do terreno tem o direito de proibir a entrada, nele, daquele que quer caçar ou armar redes. Os animais que apanhares, enquanto presos, te pertencem, mas se escapam e retornam à liberdade natural, deixam de te pertencer e pertencerão ao primeiro que os capturar. Entende-se que retornam à liberdade primitiva os animais que desaparecem da vista, ou cuja perseguição é difícil, ainda que estejam diante dos olhos.

§ 13 – Pergunta-se: o animal selvagem, que feriste de modo a poderes apanhá-lo, se torna imediatamente teu? A alguns pareceu que se torna teu imediatamente, e enquanto continuares a persegui-lo, mas, se deixares de persegui-lo, deixa de ser teu e será do primeiro que o capturar. Outros entendem que somente será teu quando o apanhares. Confirmamos esta última opinião, pois muitas coisas podem impedir-te de o apanhares.

§ 14 – As abelhas, por natureza, são selvagens. As que pousaram na tua árvore, enquanto não as fechares numa colméia, não são tuas, como não são tuas as aves que nela fizerem ninho, mas, se alguém as apanhar, se torna proprietário delas. Os favos de mel que fabricarem podem ser tirados por qualquer pessoa. É certo, porém, que, se antes de os tirar, perceberes alguém entrando no teu terreno, tens o direito de impedir-lhe a entrada. O enxame que saiu de tua colméia continua a ser teu, enquanto o tiveres à vista e a perseguição não for difícil, porque do contrário pertencerá ao primeiro que o apanhou.

§ 15 – Os pavões e as pombas são também selvagens por natureza.

Pouco importa que esses pássaros tenham o hábito de sair e voltar, porque as abelhas fazem o mesmo e nem por isso deixam de ser selvagens.

Scanned with CamScanner

Do mesmo modo, há cervos que costumam entrar e sair da mata e ninguém lhes nega a natureza selvagem. Em todos os animais que têm o hábito de entrar e sair, a regra aceita é que permaneçam em tua propriedade enquanto têm o ânimo de voltar, mas, se perdem esse hábito, deixam de te pertencer e tornam-se do primeiro que os apanhar. Considera-se que perderam o ânimo de voltar quando perderam o hábito.

§ 16 – As galinhas e os patos não são selvagens e a prova disso é que há outras galinhas e patos a que chamamos selvagens. Assim, se as tuas galinhas e os teus patos, assustados por algum acidente, fugirem, ainda que desapareçam de tua vista, qualquer que seja o lugar em que se achem, continuam a pertencer-te, e aquele que os retiver com o ânimo de apropriar-se deles comete furto.

§ 17 – O que tiramos do inimigo imediatamente se torna nosso, por direito das gentes, e até os homens livres se tornam, assim, nossos escravos. Mas, desde que escapam e voltam aos seus, retornam ao primitivo estado.

§ 18 – As pedras preciosas, as pérolas, e outras coisas semelhantes, que se encontram nas praias, pertencem, por direito natural, ao seu descobridor.

§ 19 – As crias dos animais, sujeitos ao teu domínio, te pertencem, pelo mesmo direito.

§ 20 – Adquire, além disso, por direito das gentes, o que o rio por aluvião levou ao teu campo. Aluvião é o acrescentamento insensível, e se considera como acrescentado por aluvião aquilo que se anexa tão vagarosamente que seria impossível, em dado momento, apreciar a quantidade que se ajuntou.

§ 21 – Se a força do rio destacou uma parte do teu terreno e o lançou sobre o do vizinho, certamente a parte continua a ser tua. Mas, se aderir ao terreno do vizinho por um período tal que as árvores, que com ela foram, tomam raízes, e ficam pertencendo ao terreno vizinho a parte e as árvores.

§ 22 – A ilha, nascida no mar, o que é raro, pertence ao primeiro ocupante, porque é coisa *nullius* (de ninguém). Se a ilha, nascida no rio, o que freqüentemente ocorre, se situar no meio do rio, é comum aos proprietários vizinhos, de um e de outro lado, na proporção da largura do

Scanned with CamScanner

terreno de cada um, tomada junto à margem. Se a ilha é mais próxima de um dos lados, pertence aos proprietários desse lado, tão-só. Quando, porém, o rio, dividindo suas águas num ponto e tornando a uni-las mais abaixo, corta, em forma de ilha, o terreno de um proprietário, continua a pertencer-lhe como dantes.

§ 23 – Se o rio, entretanto, tendo abandonado totalmente o leito natural, começa a correr em outro lugar, o leito abandonado se torna propriedade dos donos dos prédios ribeirinhos na proporção da largura de cada um, tomada junto à margem, e o novo leito segue a condição do rio, isto é, se torna público. Se, passado algum tempo, o rio voltar de novo ao leito primitivo, o leito, que então abandonar, torna a ser propriedade dos ribeirinhos.

§ 24 – É diferente esta hipótese daquela em que o campo fica inteiramente inundado, porque a inundação não lhe muda a natureza e, assim, quando as águas se escoarem, é evidente que continua o campo a ser do mesmo proprietário.

§ 25 – Quando alguém, com matéria alheia, faz coisa nova, pergunta-se: quem deve ser normalmente o proprietário? Quem fez a coisa ou quem é dono da matéria? Por exemplo, se alguém, de uvas alheias, azeitonas ou espigas, fizer respectivamente, vinho, óleo ou trigo, ou então, um vaso com ouro, prata ou bronze alheio, ou hidromel com mistura de vinho alheio e mel, ou se compuser um emplastro ou colírio com drogas alheias, ou um vestido com lã alheia, ou com tábuas alheias fizer uma embarcação, um armário ou um banco. Depois de muitas disputas entre Sabinianos e Proculianos, prevaleceu a opinião média dos que pensam que, se a coisa puder ser reduzida ao primitivo estado, pertence ao dono da matéria e, se não puder ser reduzida, pertence a quem fez a coisa. Assim, o vaso fundido pode reduzir-se de novo ao bronze, à prata, e ao ouro brutos, mas o vinho, o óleo e o trigo não podem ser de novo reduzidos a uvas, azeitonas ou espigas, como também o hidromel não se pode reduzir a vinho e mel. Quando alguém faz uma coisa em parte com matéria própria, em parte com matéria alheia, como, por exemplo, hidromel com vinho seu e mel alheio, um emplastro ou colírio com drogas suas e alheias, ou um vestido com lã própria e alheia, não há dúvida de que se torna dono da coisa, porque não só forneceu o trabalho, como também parte da matéria.

Scanned with CamScanner

§ 26 – Se alguém entremeia o vestido com púrpura alheia, ainda que a púrpura seja mais preciosa, ela segue a sorte do vestido como acessório. O proprietário da púrpura tem ação de furto e a condição contra quem a subtraiu, quer seja quem fez o vestido, quer não, porque as coisas extintas, ainda que não possam ser reivindicadas, podem ser reclamadas, por meio da *condictio* de furto, dos ladrões e de quaisquer outros possuidores.

§ 27 – Se dois proprietários voluntariamente misturaram matérias que lhes pertenciam, o corpo formado pela mistura é comum a ambos, como, por exemplo, se misturaram duas espécies de vinho, ou barras de ouro e prata. A mesma regra se observa quando as matérias são diversas e a coisa resultante é de nova espécie, como, por exemplo, quando do vinho e mel se faz o hidromel (*mulsum*), ou do ouro e prata, se faz o âmbar (*electrum*). Se as matérias, quer de diversa natureza, quer da mesma, fortuitamente e não por vontade dos seus donos, se uniram, observa-se ainda a mesma regra.

§ 28 – Se Tício misturar o trigo dele com o teu, havendo consentimento teu, a mistura é comum, porque cada corpo separado, isto é, cada grão que pertencia em particular a um ou outro, pelo consenso de ambos, ficou comum. Se a mistura se fez por acaso, ou se foi feita por Tício contra a tua vontade, não fica comum o trigo, porque cada grão conserva separadamente a existência própria. O trigo não fica, neste caso, comum, do mesmo modo que o teu rebanho não ficaria em comum com o de Tício pelo fato de se misturarem as ovelhas. Mas, se um dos dois retém todo o trigo, deve-se dar ação real proporcionalmente à quantidade de trigo de cada um, ficando ao critério do juiz determinar a qualidade do trigo.

§ 29 – O que edifica em terreno próprio com material alheio torna-se dono do edifício, porque toda construção acompanha o solo como acessório. Todavia, o dono do material não deixa de ser dono, apenas não podendo reivindicá-lo, nem intentar a ação *ad exhibendum*, porque a Lei das XII Tábuas estabeleceu que ninguém é obrigado a arrancar de seu edifício o material alheio, mas somente a pagar o dobro pela ação *de tigno juncto*. Pela palavra *tignum* entende-se qualquer espécie de material com que se fazem os edifícios. Essas disposições foram feitas para não se demolirem os edifícios, mas, se por qualquer causa, o edifício for derrubado, pode o dono do material, se ainda não tiver recebido o duplo do seu valor, reivindicá-lo ou intentar a ação *ad exhibendum*.

Scanned with CamScanner

§ 30 – E, inversamente, se alguém constrói com seu material uma casa em solo alheio, a casa pertence ao proprietário do solo. Neste caso, o dono do material perde o direito a ele, porque se considera que o alienou voluntariamente, salvo se ignorava estar edificando em solo alheio. Conseqüentemente, mesmo depois de destruída a casa, o dono do material não pode reivindicá-la. Estando o construtor na posse da casa, e pedindo-lhe, como sua, o dono do solo, sem pagar o preço do material, nem o salário dos operários, pode ser repelido com a exceção de dolo mau. Isso no caso de haver construído de boa-fé, porque, se sabia que o solo era alheio, pode ser-lhe atribuída a culpa de ter edificado imprudentemente em terreno de outrem.

§ 31 – Se Tício plantar, no próprio solo, árvore de outrem, ficar-lhe-á pertencendo, e inversamente, se Tício plantar sua árvore no solo de Mévio a árvore fica pertencendo a Mévio, contanto que, em um e outro caso, deite raízes, pois antes de deitá-las continua a ser de quem era antes. O fato de deitar raízes muda, na verdade, a propriedade da planta, motivo pelo qual se a árvore do vizinho lança, no terreno de Tício, suas raízes, dizemos que ela se torna propriedade de Tício. A razão só admite que a árvore pertença àquele em cujo solo lançou raízes, motivo pelo qual a árvore, colocada no limite de dois terrenos, se estende raízes para o solo do vizinho, se torna comum.

§ 32 – Do mesmo modo que as plantas que deitam raízes, os grãos semeados seguem o solo como acessão. E também do mesmo modo que quem construiu em solo alheio e sofre reivindicação do edifício por parte do dono do solo, pode defender-se com a exceção do dolo mau, do mesmo modo que se pode defender com essa exceção quem semeou, a sua custa e de boa-fé, em solo alheio.

§ 33 – A escrita, mesmo feita em ouro, acompanha o papel e o pergaminho como acessório, do mesmo modo que acompanham o solo as coisas nele construídas ou semeadas. Assim, se, no teu papel ou no teu pergaminho, Tício escreveu versos, ou uma história, ou um discurso, a propriedade pertence a ti e não a Tício.

Porém, se exiges de Tício os teus livros ou pergaminhos, e não queres pagar as despesas da escrita, Tício pode defender-se com a exceção de dolo mau, desde que tenha entrado de boa-fé na posse do papel ou pergaminho.

Scanned with CamScanner

§ 34 – Se alguém pintou em tela de outrem, entendem alguns que a tela acompanha a pintura, e outros que a pintura, qualquer que seja, acompanha a tela.

A tela deve acompanhar a pintura, pois seria ridículo que a obra de um Apeles ou de um Parrásio seguisse, como acessório, vulgaríssima tela. Daí se conclui que, se o dono da tela tiver a pintura em seu poder, o pintor, que pretenda reivindicar a pintura sem pagar a tela, pode ser repelido com a exceção de dolo mau. Quando o pintor tem a tela em seu poder, o proprietário tem ação útil contra ele, e se o proprietário não lhe quiser pagar o preço da pintura, estando o pintor de boa-fé, pode ser repelido com a exceção de dolo mau; mas, se a tela foi furtada pelo pintor, ou por outrem, o proprietário tem a ação de furto (*actio furti*).

§ 35 – Se alguém comprou um terreno de boa-fé, ou o recebeu por doação, ou por qualquer outro justo título, de quem não era dono, julgando-o tal, adquire ele os frutos percebidos pelo cuidado e cultivo, por motivos de razão natural; conseqüentemente, se aparecer o dono, reivindicando o terreno, não pode exigir os frutos consumidos pelo proprietário. O mesmo não acontece com o que possuía conscientemente terreno alheio, pois deve restituir os frutos, mesmo os consumidos.

§ 36 – O usufrutuário de um terreno só se torna proprietário dos frutos quando ele mesmo os colhe. Se, entretanto, morre antes de colhê-los, embora já estivessem maduros, não pertencem a seus herdeiros, mas ao dono da propriedade. Quase o mesmo se pode dizer do colono.

§ 37 – Entre os frutos do rebanho se compreendem as crias, o leite, o pêlo e a lã, assim como os cordeiros, os cabritos, os bezerros, os potros e os leitões, que pertencem, quando nascem, ao usufrutuário, por direito natural. O nascido da escrava, todavia, não é fruto, pertencendo ao proprietário, pois se julgaria inadmissível considerar, como fruto, o homem, para o qual a natureza criou todos os frutos.

§ 38 – O usufrutuário de um rebanho deve substituir, com as crias, as cabeças que morrerem, segundo a opinião de Juliano, bem como substituir por outras as parreiras ou árvores que morrerem, porquanto deve cuidar de tudo como um bom pai de família.

§ 39 – O imperador Adriano, seguindo a eqüidade natural, concedeu os tesouros àqueles que o tinham encontrado no próprio terreno. O

Scanned with CamScanner

mesmo estabeleceu para o caso de encontrá-los fortuitamente, em terreno sagrado ou religioso, mas, se alguém achou casualmente tesouro em terreno alheio, a metade pertence ao dono do terreno, e a outra metade ao descobridor. Do mesmo modo, estabeleceu que, se o tesouro for encontrado no terreno de César, a metade do tesouro pertence a César e a outra metade ao descobridor, e, se o tesouro for encontrado, em terreno de propriedade do Fisco ou da cidade, pertencerá a estes a metade, e a outra metade, ao descobridor.

§ 40 – Adquirimos também as coisas, conforme o direito natural, por tradição, pois nada há mais conforme à eqüidade natural do que efetivar-se a vontade do dono de transferir a coisa que deseja. Por isso, aplica-se a tradição a toda coisa corpórea, e, quando feita pelo proprietário, ocorre a alienação. Por este modo também se alienam os prédios estipendiários e os tributários. Chamam-se prédios estipendiários e tributários os situados nas províncias, mas entre estes e os situados na Itália não há diferença alguma, segundo nossa Constituição, e, se se opera a tradição por doação, dote, ou por outra qualquer justa causa, se transfere a propriedade.

§ 41 – As coisas vendidas e entregues não pertencem ao comprador a não ser que ele tenha pago o preço ao vendedor, ou o compensou de outro modo, como, por exemplo, se lhe prestou fiança ou penhor. Este princípio é consagrado na Lei das XII Tábuas, o que não impede de dizer-se que se funda no direito das gentes, isto é, no direito natural.

Se o vendedor vendeu a crédito ao comprador, a coisa pertence imediatamente a este último.

§ 42 – Não importa que a tradição da coisa seja feita em pessoa pelo dono, ou por outrem com seu consentimento.

§ 43 – Por esta razão, se aquele a quem o dono deixou a livre administração de todos os seus bens vende e faz a tradição de um deles, transfere-lhe, *ipso facto*, a propriedade.

§ 44 – Algumas vezes basta, para alienar, a vontade do dono, sem a tradição, como quando alguém te vende ou te doa a coisa que te havia dado em comodato, locação ou depósito. Ainda que a coisa não tenha sido entregue em execução desta venda ou da doação, adquires imediatamente a sua propriedade, pelo fato de consentir nisso o dono, como se a tradição se houvesse realizado para esse fim.

Scanned with CamScanner

§ 45 – Do mesmo modo, se alguém vende produtos depositados em um armazém, transfere-lhes a propriedade ao comprador, assim que lhe entrega as chaves.

§ 46 – Ainda mais: há casos em que a vontade do dono transfere a propriedade, mesmo recaindo sobre pessoa incerta. Assim, os pretores e os cônsules, quando atiram dinheiro ao povo, ignoram quanto cada um, individualmente, apanhará, mas, como é vontade deles que cada um adquira aquilo que puder apanhar, a propriedade é transferida imediatamente.

§ 47 – Não há a menor dúvida de que, se alguém se apodera de coisa abandonada pelo dono, se torna senhor dela imediatamente. Considera-se abandonada a coisa que o dono desprezou com a intenção de não mais tê-la entre os seus bens, e, por isso, a sua propriedade cessa imediatamente.

§ 48 – O mesmo não acontece com as coisas que, na tempestade, são alijadas para aliviar o navio, as quais continuam a pertencer aos donos, pois, evidentemente, são lançadas ao mar não por motivo de não as querer mais, porém, tão-só para salvar o navio do perigo das ondas. Comete, portanto, furto aquele que, com a intenção de se apropriar, se apodera delas quando dão às praias ou se acham no mar. Não há diferença entre as coisas alijadas e as que, na corrida de um carro, caem, sem que o dono o perceba.

Scanned with CamScanner

Título II

DAS COISAS CORPÓREAS E INCORPÓREAS

(*De rebus corporalibus et incorporalibus*)

Umas coisas, além disso, são corpóreas, outras incorpóreas.

§ 1.º – São corpóreas as que, por natureza, podem ser tocadas, como um terreno, escravo, vestido, ouro, prata, e outras mais.

§ 2.º – São incorpóreas as que não se pode tocar, como, por exemplo, as que consistem em um direito, como a herança, o usufruto, o uso e as obrigações contraídas de qualquer modo. Pouco importa que a herança contenha coisas corpóreas, porque também os frutos que o usufrutuário retira do terreno são corpóreos, assim como é corpóreo, as mais das vezes, o que nos é devido em virtude de uma obrigação, como um terreno, um escravo, dinheiro, e não obstante o direito de herança, o de usufruto e o de obrigação são, em si mesmos, incorpóreos.

§ 3.º – Entre estes estão os direitos dos prédios urbanos e rústicos, que se chamam também servidões.

Scanned with CamScanner

Título III

DAS SERVIDÕES

(*De servitutibus*)

As servidões dos prédios rústicos são as de passagem (*iter*), de caminho (*actus*), de estrada (*via*) e de aqueduto (*aquae ductus*). Servidão de passagem (*iter*) é o direito do homem de ir e vir sem conduzir animal ou veículo. A de caminho (*actus*) é o direito de conduzir animal ou veículo. Assim, quem tem passagem (*iter*) não tem caminho (*actus*), mas quem tem caminho (*actus*), tem passagem (*iter*), e pode usar esta mesmo sem animal. Estrada (*via*) é o direito de ir, vir e passar, compreendendo as servidões de passagem (*iter*) e de caminho (*actus*). A de aqueduto é o direito de conduzir água através de prédio alheio.

§ 1.º – Servidões de prédios urbanos são as inerentes aos edifícios, e, por isso, chamamos prédios urbanos a todos os edifícios, ainda mesmo os construídos numa vila. São servidões de prédios urbanos as que fazem o vizinho suportar o peso do prédio vizinho, a de pregar tábuas no prédio contíguo, a de receber ou não receber goteiras ou águas no edifício, no quintal ou no esgoto e a de não levantar mais alto, para não tirar a luz ao vizinho.

§ 2.º – Entre as servidões dos prédios rústicos, com razão incluem-se a de tirar água, a de levar o gado para beber, a de fazer pastar, a de queimar cal e a de tirar terra.

§ 3.º – Tais servidões se chamam prediais porque não podem ser constituídas sem os prédios, pois ninguém, a não ser que seja proprietário do prédio, pode adquirir servidão de prédio urbano ou rústico.

Scanned with CamScanner

§ 4.º – Se se quiser constituir um direito de servidão em favor de um vizinho, deve-se fazê-lo por meio de acordos e de estipulações. Pode-se também por testamento sujeitar o herdeiro a não edificar mais alto para não tirar a vista do vizinho, ou a permitir que outrem pregue madeira em sua parede, ou abra esgoto, direito de passagem, caminho, estrada ou aqueduto.

Scanned with CamScanner

Título IV

DO USUFRUTO
(*De usufructu*)

Usufruto é o direito de usar e gozar de coisa alheia, respeitada a substância da coisa. É um direito sobre coisa corpórea, extinguindo-se com a extinção da coisa.

§ 1.º – O usufruto é um desmembramento da propriedade, que se opera de vários modos, como, por exemplo, quando alguém lega o usufruto, pois ao herdeiro cabe a propriedade e ao legatário o usufruto, e, reciprocamente, quando alguém lega um prédio sem usufruto, ao legatário, cabe-lhe a propriedade e ao herdeiro o usufruto.

Pode-se também legar a um o usufruto de um prédio, e a outro o prédio sem o usufruto. Aquele que quer constituir usufruto para outrem sem testamento deve fazê-lo por tratos e estipulações, mas para que a propriedade não fique de todo inútil, separando-se perpetuamente do usufruto, se estabeleceram certos modos pelos quais o usufruto se extingue e se consolida com a propriedade.

§ 2.º – O usufruto pode recair não somente sobre terrenos e casas, mas também sobre escravos, animais de carga e todas as demais, exceto as que se consomem com o uso, estas, nem por sua natureza, nem por direito civil, sendo suscetíveis de usufruto. No número destas últimas, estão o vinho, o óleo, o trigo, o vestuário, aos quais se assemelha a moeda, porque de certo modo se extingue pelo próprio uso e pela troca contínua.

Por motivo de utilidade, porém, o Senado resolveu que o usufruto recaísse também sobre essas coisas, contanto que ao herdeiro se dê fian-

Scanned with CamScanner

ça suficiente. Assim, se se tiver legado dinheiro em usufruto, o legatário se torna proprietário, mas deve prestar fiança de restituir ao herdeiro outro tanto, por sua morte, ou se sofrer a *capitis deminutio*.

A propriedade das outras coisas também se transfere ao legatário, mas, depois de avaliadas, este presta fiança de restituir ao herdeiro o preço da avaliação, se morrer ou sofrer *capitis deminutio*. O Senado não criou, portanto, o usufruto sobre essas coisas, nem podia fazê-lo, mas, por meio da fiança, constituiu um quase usufruto.

§ 3.° – Extingue-se o usufruto por morte do usufrutuário, pela *capitis deminutio* máxima e média e por não uso pelo tempo e modo estabelecidos. A respeito de todas estas formas de extinção há dispositivo de uma Constituição nossa.

Extingue-se também o usufruto, se o usufrutuário o cede ao proprietário, sendo que a cessão a outra pessoa é nula. Também se extingue, se o usufrutuário se torna proprietário da coisa, o que recebe o nome de consolidação. Ainda se extingue o usufruto: se o edifício é destruído por incêndio, ou se se arruína por terremoto ou por erro de construção, e não recai então sobre o solo.

§ 4.° – Extinto totalmente o usufruto, volta ele à propriedade, e desde então o proprietário adquire pleno poder sobre a coisa.

Scanned with CamScanner

Título V
DO USO E DA HABITAÇÃO
(De usu et habitatione)

Pelos mesmos modos pelos quais se constitui o usufruto, costuma constituir-se o uso, extinguindo-se pelos mesmos modos pelos quais termina o usufruto.

§ 1.º – Há menos direitos no uso do que no usufruto, por que quem tem, por exemplo, o uso de um terreno, tem o direito de colher nele hortaliças, frutos, flores, forragens, palha e lenha para as necessidades cotidianas. Pode também habitar nele, contanto que não incomode o dono, nem os trabalhadores que o cultivarem.

Não pode, entretanto, alugar, vender ou ceder gratuitamente, ao passo que o usufrutuário pode fazê-lo.

§ 2.º – Quem tem o uso de uma casa, tem somente o direito de nela residir, sem poder transferi-lo a outrem. Apenas se admite que receba um hóspede, e que more com a mulher, com os filhos e com outras pessoas livres que lhe sirvam de empregados. Se o uso de uma casa competir à mulher, pode esta habitá-la com o marido.

§ 3.º – Do mesmo modo, quem tem o uso de um escravo pode somente utilizar-lhe o trabalho e serviços, e não transferir esse direito a terceiros. O mesmo diremos do uso de animais de carga.

§ 4.º – Se for legado o uso de um rebanho, por exemplo, de um rebanho de ovelhas, o usuário não se pode servir do leite nem dos cordeiros, nem da lã, porque são frutos. Mas, sem dúvida, pode usar o gado para estercar o seu campo.

Scanned with CamScanner

§ 5.º – Se, por legado, ou por outro modo, se deu a alguém a habitação, não há uso nem usufruto, mas um direito especial. A quem recebeu esse direito, por uma de nossas Constituições, de acordo com a opinião de Marcelo, demos a faculdade de morar ele mesmo ou de alugar a outrem.

§ 6.º – Basta o que dissemos sobre as servidões, usufruto, uso, e habitação. No devido lugar, trataremos da herança e das obrigações. Já expusemos sucintamente os modos pelos quais adquirimos as coisas por direito das gentes. Vejamos agora os modos de aquisição pelo direito civil.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

TÍTULO VI

DO USUCAPIÃO E DAS POSSES POR LONGO TEMPO

(De usucapionibus et longi temporis possessionibus)

Para que o domínio sobre as coisas não fosse incerto, o direito civil tinha estabelecido que, quem em boa-fé comprasse, recebesse em doação, ou por outro justo título, uma coisa de quem não era dono, supondo-o tal, adquirisse a coisa, sendo móvel, depois de um ano, sem distinção de lugar, e, sendo imóvel e situada na Itália, dentro de dois anos. Assim se tinha entendido antigamente, julgando-se bastarem esses prazos para os donos terem notícia de seus bens. Nós, adotando como melhor alvitre não serem os proprietários tão logo despojados de seus bens, nem de se circunscrever o benefício de usucapião a determinado lugar, promulgamos uma Constituição, segundo a qual ordenamos que prescrevem as coisas móveis pela posse de três anos, e as imóveis pela de longo tempo, isto é, de dez anos entre presentes e de vinte anos entre ausentes. Deste modo, em todo o nosso Império, e não somente na Itália, se adquire o domínio quando ocorrer posse com justo título.

§ 1.º – Algumas vezes, entretanto, ainda que se possua a coisa em boa-fé, não se adquire em tempo algum por usucapião. Tal é o caso de um homem livre possuir coisa sagrada, religiosa, ou escravo fugitivo.

§ 2.º – As coisas furtadas, ou ocupadas com violência, não se adquirem por usucapião, mesmo quando possuídas de boa-fé, pelos prazos mencionados, porque o usucapião das coisas furtadas é proibido pela Lei

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

das XII Tábuas e pela lei Atinia, e a das coisas ocupadas com violência pela lei Pláucia e Júlia.

§ 3.º – Quando se diz que o usucapião de coisas furtadas ou ocupadas com violência é proibido, o que não significa que o ladrão ou o possuidor violento não possa usucapir, mas a estes não compete o usucapião por outro motivo, ou seja, por agirem de má-fé, significa isto que nenhum terceiro tem o direito de usucapi-las, ainda que de boa-fé as tenha comprado ou recebido por outro título. Por este motivo, dificilmente o possuidor de boa-fé de coisas móveis as adquire por usucapião, pois comete furto quem conscientemente vende ou transfere por outro título coisa alheia.

§ 4.º – Entretanto, acontece, às vezes, o contrário. Assim, se o herdeiro, julgando-a parte de herança, vender, doar, ou der em dote a alguém que a receba de boa fé, uma coisa dada em comodato, aluguel ou depósito ao *de cujus*, aquele que a recebeu pode, sem dúvida, adquirir por usucapião. Com efeito, a coisa não é furtada, porque o herdeiro, que de boa-fé a alienou como se fosse sua, não cometeu furto.

§ 5.º – Do mesmo modo, se o usufrutuário de uma escrava, julgando pertencer-lhe o filho dela, o vende ou doa, não comete furto, porque não há furto sem a intenção de furtar.

§ 6.º – Podem ainda ocorrer outros casos em que alguém transfira a outrem coisa alheia, sem cometer furto, e permita assim o usucapião do possuidor.

§ 7.º – Quanto aos imóveis, mais facilmente acontece que alguém lhes obtenha a posse sem violência, achando-se vagos, devido à ausência, ou descuido do proprietário, ou por ter morrido sem sucessor. Ainda que o possuidor esteja de má-fé, pois não ignora que ocupou terreno alheio, se o adquirente a recebe em boa-fé, poderá usucapi-la em longo tempo, por não haver recebido coisa furtada ou possuída violentamente. Rejeitou-se, com efeito, a opinião de alguns antigos que julgavam haver também furto de um imóvel ou terreno. Constituições Imperiais estabelecem regras para que nenhum possuidor de imóveis seja despojado depois de posse longa e inequívoca.

§ 8.º – A coisa furtada ou ocupada por violência algumas vezes também pode ser usucapida, como, por exemplo, quando voltou ao poder do proprietário, porque então, sanado o vício, ocorre o usucapião.

Scanned with CamScanner

§ 9.° – Não podem ser usucapidas as coisas do Fisco. Papiniano, porém, escreveu que, existindo bens vagos, ainda não denunciados ao Fisco, o comprador, que recebeu alguns deles em boa-fé, poderá usucapir, e assim decidiram os rescritos de Antonino Pio e de Severo e Antonino.

§ 10 – Finalmente, para que o comprador de boa-fé, ou outro qualquer possuidor por justo título, possa usucapir uma coisa, é necessário que essa coisa não apresente vícios.

§ 11 – O erro, apoiado em causa falsa, também não produz usucapião, como, por exemplo, quando alguém possui algo na crença de ter comprado, sem ter havido compra, ou pensando que a coisa lhe foi doada, quando não foi.

§ 12 – A longa posse que começou a aproveitar ao *de cujus* continua em favor do herdeiro e do possuidor de seus bens, ainda que ele saiba que o prédio é alheio. Quando, porém, desde o princípio, o defunto se achava de má-fé, a posse não aproveita ao herdeiro ou ao possuidor de seus bens, ainda que estes estejam de boa-fé.

Nossa Constituição mandou observar isso mesmo nos usucapiões, onde a posse deve igualmente continuar.

§ 13 – Os imperadores Severo e Antonino decidiram que a posse do comprador também se juntasse à do vendedor.

§ 14 – Um edito do Imperador Marco Aurélio dá, ao que comprou do Fisco coisa alheia, o direito de repelir por meio de uma exceção o proprietário, passados cinco anos. Uma Constituição de Zeno, de gloriosa memória, procurou garantir os que recebessem do Fisco por venda, doação ou por qualquer outro título, para ficarem logo seguros e vencedores, quer como autores, quer como réus. Os que julgarem que são competentes para mover ação por domínio ou hipoteca das coisas alienadas podem demandar o Erário Imperial até quatro anos. Uma Constituição Imperial, há pouco por nós promulgada, estende aos que receberem alguma coisa de nossa casa e da casa da Imperatriz as disposições da Constituição de Zeno sobre as alienações do Fisco.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

TÍTULO VII

DAS DOAÇÕES
(*De donationibus*)

Há também outro modo de adquirir, ou seja, a doação, que se divide em "doação por causa de morte" (*causa mortis*) e doação "sem essa causa".

§ 1.º – Doação *causa mortis* é a que alguém faz, na previsão da morte, dando alguma coisa ao donatário em caso de morte do doador, mas, voltando a coisa ao doador, no caso de não morrer, no caso de arrepender-se da doação, ou no caso de sobreviver ao aceitante. A doação *causa mortis* é, em tudo, assimilada ao legado, pois, sendo duvidoso entre os jurisconsultos se a deveriam considerar como doação ou como legado, por ter traços de uma e de outro, resolvemos que fosse em quase tudo considerada como legado e tivesse, por isso, a forma que lhe deu a nossa Constituição. Há, em suma, doação *causa mortis*, quando o doador quer que a coisa caiba de preferência ao donatário, e ao donatário de preferência ao herdeiro. Foi, desse modo, que, em Homero, * fez Telêmaco a doação a Pireu.

§ 2.º – Há outras doações feitas, sem pensar na morte, as quais denominamos entre vivos (*inter vivos*), as quais em nada se parecem com os legados, e, uma vez concluídas, não se revogam arbitrariamente.

(*) Cf. Homero, *Odisséia*, Livro 17, vs. 78 a 83. Obs.: Como salientam Arangio-Ruiz e Guarino, alguns editores inserem, no texto, os versos da *Odisséia*, Livro 17, vs. 78 e seguintes, mas o Código não procede assim. N. dos T.

Scanned with CamScanner

Ficam perfeitas desde que o doador tenha manifestado a vontade por escrito ou de outro modo. E uma nossa Constituição ordenou que, a exemplo da venda, importassem a necessidade de tradição, de modo que, mesmo antes desta, tivessem o mais pleno e perfeito vigor e obrigassem o doador à entrega. As Constituições imperais mandavam que constassem dos registros públicos as doações que excedessem a duzentos soldos; a nossa Constituição elevou a quinhentos soldos o limite até o qual valerão sem registro, e criou certas doações que não precisam ser registradas, valendo plenamente por si mesmas. Há muitas outras regras, introduzidas para mais fácil êxito das doações, que se encontram nas Constituições nossas sobre esta matéria. Deve notar-se que, apesar da irrevogabilidade das doações, podem, pela nossa Constituição, ser revogadas pelos doadores, nos casos nela determinados, se os donatários se tornam ingratos, porque os que se despojaram de seus bens em benefício de outrem não podem sofrer injúria ou perda como se declara em nossa Constituição referida.

§ 3.º – Há também outra espécie de doação *inter vivos*, inteiramente desconhecida dos antigos jurisconsultos e introduzida pelos Imperadores que nos precederam. Essa doação se chamava *antenupcial* e trazia, como condição tácita, a realização posterior do casamento, sem o qual não valeria. Chamava-se *antenupcial* porque só se realizava antes do casamento e nunca depois dele. O imperador Justino, nosso pai, porque já se tinha permitido aumentar o dote, mesmo depois do casamento, foi o primeiro a consentir, por uma Constituição, que, no caso de aumentar-se o dote, se pudesse também aumentar a doação antenupcial na constância do matrimônio. Resultou daí que o nome se tornou impróprio, porque se dizia *antenupcial*, e podia, entretanto, ser aumentada depois do casamento. Querendo completar as regras nessa matéria, e dar aos institutos jurídicos a sua exata denominação, resolvemos que tais doações não só se possam aumentar, mas até fazer-se na constância do matrimônio e se chamem *nupciais* em vez de antenupciais. Equiparamo-las assim ao dote, para que, como este, possam as doações nupciais fazer-se antes, ou na constância do matrimônio.

§ 4.º – Havia ainda antigamente outro modo civil de aquisição, o direito de acrescer, como neste exemplo: se alguém, tendo em comum com Tício um escravo, o manumitia por vindicta ou por testamento, perdia a sua parte da propriedade, que passava a Tício.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Sendo, porém, péssimo exemplo de iniqüidade privar o escravo de sua liberdade, e causar dano ao senhor mais humano em proveito do mais cruel, resolvemos, por uma Constituição, remediar tão odiosa situação. Descobrimos um meio pelo qual favorecemos o manumissor, o seu condômino e o manumitido por este modo: a liberdade, em cujo favor os antigos derrogaram muitas vezes as regras do direito comum, torna-se efetiva, o manumissor se apraz em ver firmada a sua liberalidade, e o condômino é indenizado com o recebimento do preço do escravo, na proporção de sua parte e na conformidade da tarifa que estabelecemos.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título VIII

QUEM PODE E QUEM NÃO PODE ALIENAR

(Quibus alienare licet vel non)

Ocorre, algumas vezes, que o dono de uma coisa não pode aliená-la, e, ao contrário, o não dono pode aliená-la. Assim, o marido não pode, pela lei Julia, sem o consentimento da mulher, alienar o imóvel dotal, embora seja dele, por lhe ter sido dado em dote. Corrigindo a lei Julia, reformamo-la deste modo: ao passo que essa lei somente se referia aos imóveis itálicos, proibindo aliená-los sem o consentimento da mulher, e hipotecá-los mesmo com o seu consentimento, resolvemos proibir a alienação ou a garantia dada também sobre o imóvel dotal situado nas províncias, ainda que a mulher consinta, para que a fragilidade do seu sexo não reverta em prejuízo de seu patrimônio.

§ 1.° – E, inversamente, pode o credor, de acordo com a convenção, alienar o penhor, apesar de não ser dele proprietário. Pode-se talvez dizer que, neste caso, a alienação do penhor se faz por vontade do vendedor, porque convencionou por ocasião do contrato que o credor, não pago, pudesse vender o penhor. A fim de poderem os credores fazer valer o seu direito e, por outro lado, a fim de não perderem os devedores desarrazoadamente a sua propriedade, a nossa Constituição prescreveu para a venda do penhor um modo determinado de processo, que atende amplamente aos interesses dos credores e devedores.

§ 2.° – Nem o pupilo nem a pupila podem alienar coisa alguma sem intervenção do tutor. Se o pupilo ou a pupila emprestarem dinheiro a alguém, sem autorização do tutor, não contraem obrigação porque não lhe

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

transferem a propriedade do dinheiro, e, por conseguinte, podem reivindicá-lo onde se encontre.

Se o que pediu o dinheiro o consome de boa-fé, pode-se pedir por meio da condição; se o consumo é de má-fé, pode-se pedir por meio da ação *ad exhibendum*.

Ao contrário, o pupilo ou pupila pode adquirir tudo sem intervenção do tutor. Por isso, se o devedor paga ó pupilo, para que fique exonerado, é necessária a intervenção do tutor. Por motivos de intuitiva evidência resolvemos na Constituição, dirigida aos advogados de Cesaréia, por sugestão do eminentíssimo Triboniano, questor do Sacro Palácio, que pode o devedor do pupilo se exonerar, pagando ao tutor ou curador, previamente autorizado por sentença judicial, em processo gratuito. Feito isso, e tendo o devedor pago na conformidade da sentença, obtém plena e inteira quitação. Se, porém, fizer o pagamento de outro modo, e o pupilo tiver ainda o dinheiro em seu poder, ou se se tiver locupletado e tornar a pedir a quantia já recebida, poderá ser-lhe oposta a exceção de dolo mau. Mas, se a tiver malbaratado, ou se lá furtaram, não aproveitará ao devedor a exceção de dolo mau, e será condenado a pagar de novo, visto como pagou imprudentemente, sem autorização do tutor e contra o que ordenamos. Por outro lado, os pupilos ou pupilas não podem pagar sem intervenção dos tutores, e quem recebe não adquire a propriedade do pagamento; por isso, não lhes é lícito alienar coisa alguma sem aquela autorização.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título IX

DAS PESSOAS POR MEIO DAS QUAIS ADQUIRIMOS

(Per quas personas nobis adquiritur)

Adquirimos não só por nós mesmos, mas também por meio daqueles que temos sob nosso poder, pelos escravos de que somos usufrutuários, e pelos homens livres e escravos alheios que possuímos de boa-fé. Tratemos de cada um deles mais circunstanciadamente.

§ 1.º – Outrora, tudo quanto ganhavam os descendentes de ambos os sexos (exceto o pecúlio castrense) adquiriam os ascendentes sob cujo poder se achavam, de tal modo que podiam dispor dos bens assim adquiridos, doá-los, mesmo a estranho, vendê-los ou aplicá-los de qualquer outro modo. Por não parecer isso desumano, promulgamos uma Constituição geral, na qual poupamos aos filhos, e, ao mesmo tempo, conservamos o respeito devido aos pais, determinando que se alguma coisa couber aos filhos dos bens do pai seja tudo adquirido por este como era antigamente. E que injustiça pode haver em caber ao pai aquilo que proveio dele mesmo? Mas tudo quanto o filho adquirir por outra causa pertencerá ao seu domínio, tendo o pai apenas o usufruto, e isso para que não pese ao filho ver passar a mãos alheias o que logrou por seus serviços ou próspera fortuna.

§ 2.º – Também dispusemos sobre a faculdade que tinha o pai de família de, ao emancipar o filho, reter um terço dos bens não sujeitos à sua aquisição, como para se pagar da emancipação. E acontecia a desumanidade de ver-se o filho privado da terça parte de seus bens, ganhando

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

em honra por um lado, por se tornar independente, e perdendo por outro, pela diminuição de seu patrimônio.

Determinamos por isso que o pai, em vez da terça parte da propriedade dos bens, reserve a metade dos bens, mas em usufruto somente. Deste modo a propriedade dos bens ficará intacta em favor do filho e o pai gozará de porção maior, pois desfrutará a metade em vez de um terço.

§ 3.º – Também adquirimos o que os nossos escravos recebem em tradição, quer em virtude de estipulação, quer por outra qualquer causa, e isso mesmo sem o sabermos ou querermos, porquanto o escravo, sujeito ao nosso poder, não pode ser proprietário. Todavia, não pode o escravo, instituído herdeiro, adir a herança sem nossa ordem. Se a adição se fizer com a nossa ordem, adquirimos a herança como se tivéssemos sido instituídos; do mesmo modo, adquirimos o que tiver sido legado ao nosso escravo. Por intermédio das pessoas que estão sob o nosso poder, não adquirimos somente a propriedade, mas também a posse. Temos assim a posse de tudo aquilo de que nos apossamos e, por isso, também se opera em nosso favor a usucapião ou a posse por longo tempo.

§ 4.º – Adquirimos também tudo quanto os escravos, sobre os quais temos somente usufruto, adquirem de nossa coisa ou de trabalho seu, mas pertence ao proprietário tudo quanto provier de outra causa. Assim, se o escravo for instituído herdeiro, ou se lhe fizer doação ou legado, não adquire para o usufrutuário, mas para o senhor. A mesma regra aplica-se ao escravo que possuímos de boa-fé, quer seja livre, quer seja escravo alheio, pois vale para o usufrutuário o que dissemos do possuidor de boa-fé, e assim tudo quanto adquirir, por outra causa que não sejam estas duas, ou lhe pertence a ele próprio, se é livre, ou ao seu senhor se é escravo. Há, porém, esta diferença: o possuidor de boa-fé, tendo adquirido o escravo por usucapião, adquirirá por intermédio do escravo qualquer que seja a causa, ao passo que o usufrutuário não pode usucapir, porque não possui, tendo somente o direito de usar e gozar, e também porque sabe que o escravo é alheio. Por meio dos escravos sobre os quais temos usufruto, ou posse de boa-fé, e por meio das pessoas livres que nos servem de boa-fé, não adquirimos somente a propriedade, mas também a posse, sempre bem entendido, relativamente a essas pessoas nos limites já assinalados, isto é, se a posse que receberam provém da nossa coisa ou dos trabalhos deles.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

§ 5.º – Do exposto resulta que nada adquirimos, qualquer que seja a causa da aquisição, mediante homens livres que não estão sob o nosso poder, ou não são possuídos por nós em boa-fé, nem pelos escravos alheios nos quais não temos usufruto ou posse justa. Daí vem a regra segundo a qual ninguém pode adquirir por pessoa estranha, regra que tem esta exceção: pode-se, ciente ou inconscientemente, segundo a Constituição do imperador Severo, adquirir por meio da pessoa livre, por exemplo, por procurador, a posse, e, por essa posse, também o domínio, se foi o proprietário quem a transferiu. Se não foi o proprietário quem a transferiu, pode-se adquirir o domínio pelo usucapião ou pela prescrição de longo tempo.

§ 6.º – Basta, por ora, o que deixamos dito sobre os modos de aquisição das coisas singulares. Oportunamente referiremos as regras dos legados, bem como as dos fideicomissos, pelos quais também as adquirimos.

Vejamos agora os modos de aquisição das coisas por universalidade. Se formos instituídos herdeiros de alguém, ou se pedirmos a posse de seus bens, se ad-rogarmos, ou se nos fizerem adição dos bens de alguém para conservação da liberdade, adquirirmos todos esses bens respectivamente. Tratemos primeiramente das heranças, que se dividem em duas espécies, testamentárias e legítimas. A respeito da herança testamentária, tratemos primeiramente das formalidades dos testamentos.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

TÍTULO X

DAS FORMALIDADES DOS TESTAMENTOS

(*De testamentis ordinandis*)

A palavra testamento vem de *testatio mentis*, atestação da vontade.

§ 1.º – Para que não se ignore completamente o passado, diremos que antigamente havia duas espécies de testamentos: uma se usava na paz e no repouso, e se chamava *testamento perante as assembléias convocadas* (*calatis comitiis*), e a outra, no momento de partir para o combate, e se chamava *de prompto* (*procinctum*). Introduziu-se mais tarde uma terceira espécie, o testamento chamado *pelo bronze e pela balança* (*per aes et libram*), que se fazia pela mancipação, isto é, por uma venda feita na presença de cinco testemunhas, do porta-balança (*libripens*), de cidadãos romanos púberes, e do chamado comprador da herança (*familiae emptor*). Mas as duas primeiras espécies de testamento, desde os tempos antigos, caíram em desuso, e o testamento *per aes et libram*, conquanto tivesse durado mais, deixou também de ser usado em parte.

§ 2.º – As três formas referidas de testamento provinham do direito civil. Outra forma foi mais tarde introduzida pelo edito do pretor. Pelo direito honorário não se exigia a mancipação, mas bastavam as assinaturas de sete testemunhas, assinaturas que, pelo direito civil, não eram necessárias.

§ 3.º – Harmonizando-se pouco a pouco o direito civil e o pretoriano, já pelos usos e costumes, já pelas Constituições Imperiais, estabeleceu-se que o testamento seria feito em um só e mesmo ato, com a assis-

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

tência de sete testemunhas (o que de algum modo exigia o direito civil), com a assinatura das testemunhas (formalidades exigidas pelas Constituições) e com a aposição dos seus sinetes de conformidade com o edito do pretor. Donde resultou que este instituto jurídico teve tríplice origem: derivou do direito civil a necessidade das testemunhas e a sua presença para a confecção do testamento em um só contexto, das Constituições Imperiais, a assinatura do testador e das testemunhas, e do edito do pretor, os sinetes e o número das testemunhas.

§ 4.º – Para garantir a autenticidade dos testamentos, e para prevenir fraudes, ordenamos em uma Constituição que o nome do herdeiro seja declarado por mão do testador, ou das testemunhas, tudo na conformidade da Constituição referida.

§ 5.º – Podem todas as testemunhas usar como sinete o mesmo anel. Que é que se poderia objetar, como observou Papiniano, se os sete anéis tivessem uma só figura? Pode-se também usar como sinete o anel alheio.

§ 6.º – Podem ser testemunhas no testamento aqueles para com os quais tem o testador a capacidade testamentária. As mulheres, os impúberes, os escravos, os loucos, os mudos, os surdos, os pródigos interditados, e os que as leis declaram ímprobos e incapazes de testar, não podem ser testemunhas.

§ 7.º – Quando, porém, alguma das testemunhas, no momento da elaboração do testamento, era considerada livre, mas se verificou mais tarde que era escravo, tanto o imperador Adriano em rescrito a Catão Vero, como posteriormente os imperadores Severo e Antonino, decidiram que por sua liberalidade validavam o testamento, para que se considerasse perfeito desde o começo. E isso porque, ao tempo da confecção do testamento, a referida testemunha era reputada livre, não havendo ninguém que lhe contestasse o estado civil.

§ 8.º – O pai, e o que está sob o seu pátrio poder, bem como dois irmãos sob o poder do mesmo pai, podem ser testemunhas no mesmo testamento, pois nada impede que de uma mesma casa sejam admitidas muitas testemunhas para negócio alheio.

§ 9.º – Não pode ser testemunha quem se acha sob o pátrio poder do testador, e se o filho, depois de sua baixa no serviço militar, quiser testar sobre o seu pecúlio castrense, não lhe pode ser testemunha o pai, nem o

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

que se acha sob o poder do pai, porque a lei reprova, nesta matéria, o testemunho doméstico.

§ 10 – Não podem ser testemunhas o herdeiro instituído, nem quem se acha sob seu poder, nem o pai sob cujo poder está o testador, nem os irmãos sob o poder do mesmo pai, porque se considera hoje o testamento como um ato celebrado inteiramente entre o testador e o herdeiro. Os antigos, por confusão neste instituto, admitiam, como testemunhas, o herdeiro e as pessoas a ele ligadas pelo pátrio poder, apesar de rejeitarem o testemunho do comprador da herança e de seus parentes em virtude do mesmo pátrio poder. E, ao admitir aqueles, aconselhavam-nos que, de forma alguma, abusassem. Nós, porém, reformando esta prática, e transformando o conselho em obrigação legal, à imitação do antigo comprador da herança, proibimos ao herdeiro, que na verdade o representa, e aos seus parentes, como dissemos, figurarem como testemunhas, por assim dizer, de si próprios; e por isso excluímos do nosso Código as antigas Constituições em contrário.

§ 11 – Aos legatários e fideicomissários, que não são sucessores do direito do testador, e às pessoas que são seus parentes, não proibimos de serem testemunhas; ao contrário, em uma de nossas Constituições, expressamente lhes outorgamos essa capacidade, e, com mais forte razão, também aos que os têm sob o seu poder, ou que estão sob o seu poder.

§ 12 – Pouco importa que se escreva o testamento em tábuas, em papel, em pergaminho ou em outro material.

§ 13 – Pode reproduzir-se também o testamento em muitos exemplares, desde que, em cada um, se observem as formas legais. É possível que isso se torne necessário, por exemplo, quando alguém, por ter de embarcar, ou por muitas outras causas que ameaçam os destinos humanos, quiser levar consigo, e ao mesmo tempo deixar em casa, o documento em que se contém as suas últimas disposições de vontade.

§ 14 – O exposto só tem aplicação aos testamentos escritos. Se alguém quiser fazer testamento não escrito, segundo o direito civil, poderá fazê-lo, perfeita e validamente, na presença de sete testemunhas, declarando verbalmente perante elas a sua vontade.

UFRGS
Faculdade de Direito
Biblioteca

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título XI

DO TESTAMENTO MILITAR

(*De militari testamento*)

As Constituições Imperiais dispensaram os militares, por sua excessiva imperícia, de estrita observância na confecção dos testamentos. E testam assim validamente, embora não tenham empregado o número legal de testemunhas, ou outra formalidade testamentária, toda a vez que se achem em escaramuças, o que com razão preceituou uma de nossas Constituições. Vale o testamento, nestas condições, apenas em conseqüência da vontade, quer tenha sido escrita, quer não, desde que se manifeste de qualquer modo.

Quando se acham fora das incursões, em seus lares, ou em outra parte, não gozam desse privilégio. Permite-se-lhes testar, por causa da milícia, ainda que sejam filhos de família, contanto que o façam de acordo com o direito comum, observando as regras há pouco expendidas nos testamentos dos paisanos.

§ 1.º – O imperador Trajano assim respondeu a Estatílio Severo, a respeito do testamento militar: "O privilégio concedido aos soldados de valerem seus testamentos feitos de qualquer modo exige que se prove, antes de tudo, que houve testamento, o qual podem também fazer mesmo sem escrito os não militares. Se pois o soldado, a respeito de cujos bens se discute perante ti, convocou testemunhas, e declarou perante elas quem queria que fosse seu herdeiro, e a quem dava a liberdade, testou validamente sem escrito. Se, ao contrário, como muitas vezes acontece, em conversa, disse a alguém: *eu te faço meu herdeiro,* ou *deixo-te meus bens,* não se pode considerar isso como testamento. E ninguém tem mais

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

interesse em não se admitir tal cousa, do que aqueles a quem se concedeu o privilégio; do contrário, não faltariam testemunhas que afirmassem, depois da morte de um militar, que, na sua presença, declarara a alguém que lhe deixaria seus bens, e assim se burlariam as suas verdadeiras intenções".

§ 2.º – Ainda mais: o militar mudo ou surdo pode fazer testamento.

§ 3.º – As Constituições Imperiais somente concedem esse privilégio aos soldados, enquanto militam e se acham nos arraiais. Os veteranos que obtiveram baixa e os militares de serviço, mas fora dos arraiais, devem fazer testamento de acordo com as regras de direito, comuns a todos os cidadãos. E se nos arraiais fizeram testamento, não pelo direito comum, mas do modo que preferiram, só valerá ele até um ano depois da baixa. Daí o perguntar-se: se o testador morrer dentro desse ano, e a condição imposta ao herdeiro só se realizar depois desse prazo, vale o testamento como militar? Decidiu-se que sim.

§ 4.º – Se alguém, antes de entrar no serviço militar, fez um testamento irregular, e, mais tarde, tornando-se militar, o abriu, alterando a vontade anterior para que valha, valerá por efeito da vontade nova do militar.

§ 5.º – Finalmente, se o militar for dado em ad-rogação, ou, sendo filho de família, se emancipar, valerá o seu testamento em virtude da nova vontade do militar, e não se tornará írrito pela sua mudança de estado.

§ 6.º – A exemplo do pecúlio castrense, leis e Constituições Imperiais anteriores deram a algumas pessoas pecúlios quase-castrenses; e a algumas dessas pessoas se permitiu testar sobre eles, apesar de se acharem sob o poder de outrem. Uma nossa Constituição ampliou a regra e permitiu que todos testassem sobre tais pecúlios, mas na conformidade do direito comum. Pelo teor dessa Constituição pode-se saber tudo quanto se refere a esse direito.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título XII

AQUELES A QUEM NÃO É PERMITIDO TESTAR

(*Quibus non est permissum facere testamentum*)

Nem todos podem testar. Os sujeitos ao poder de outrem não podem testar, ainda mesmo com a permissão de seus ascendentes, excetuados os já referidos, e principalmente os militares que se achem sob o poder dos ascendentes, aos quais as Constituições Imperiais permitiram testar sobre os bens adquiridos na guerra. A princípio esse direito foi concedido somente aos militares em serviço, pelos imperadores Augusto e Nerva e pelo excelente Trajano, porém, mais tarde, por um aditamento do imperador Adriano se estendeu aos que tinham obtido baixa, isto é, aos veteranos. Se, pois, fizeram testamento sobre o pecúlio castrense, pertencerá o pecúlio ao herdeiro instituído, mas se morrerem intestados, sem deixar filhos ou irmãos, pertencerá aos seus ascendentes, na conformidade do direito comum. Daí podermos concluir que o que o militar sujeito ao pátrio poder adquirir na guerra não lhe pode ser tirado por seu pai, nem podem os credores do pai vender ou penhorar. Não se torna também comum com os irmãos por ocasião da morte do pai, mas é exclusivo do militar que o adquiriu na guerra, muito embora pelo direito civil os pecúlios dos sujeitos ao pátrio poder se contém entre os bens do chefe de família, do mesmo modo que se contam entre os bens dos senhores os pecúlios dos escravos, salvo os que os chefes de família não podem adquirir em virtude das Constituições Imperiais, e principalmente das nossas. Se algum outro filho de família, que não tenha pecúlio castrense ou quase-castrense, fizer testamento, é nulo, ainda que tenha morrido *sui juris*.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

§ 1.º – Não podem, além disso, fazer testamento os impúberes porque não têm juízo, e os loucos porque lhes falta a razão, pouco importando que o impúbere tenha morrido púbere ou o louco tenha convalescido. Todavia, o testamento feito pelo louco em lúcido intervalo é válido, e por mais forte razão vale o testamento feito antes da loucura. Na verdade, a loucura superveniente não pode invalidar o testamento ou outro qualquer ato anterior regularmente feito.

§ 2.º – Não pode testar o pródigo, a quem se tirou a administração de seus bens, mas o testamento que ele fez antes da interdição permanece válido.

§ 3.º – O surdo e o mudo nem sempre podem testar. Entendemos por surdo, não o que ouve dificilmente, mas o que nada ouve, e por mudo o que nada fala, e não o que fala com dificuldade. Acontece muitas vezes que mesmo os letrados e instruídos perdem, por várias causas, a faculdade de ouvir e de falar.

Por isso, uma Constituição nossa, para favorecê-los, permite-lhes estar e praticar outros atos, em certos casos e formas nela declarados. Não deixa de valer o testamento quando, depois dele, o testador ficou surdo ou mudo por moléstia ou qualquer acidente.

§ 4.º – O cego só pode fazer testamento na forma da Constituição de nosso pai, o imperador Justino.

§ 5.º – Não vale o testamento feito por quem se acha em poder do inimigo, ainda que volte, mas, se o testamento foi feito quando ainda se achava na cidade, valerá, se voltar, pelo direito de postliminio, e, se morrer, em virtude da lei Cornélia.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título XIII

DA DESERDAÇÃO DOS DESCENDENTES

(De exheredatione liberorum)

Não basta a observância das regras acima expostas para que o testamento valha, porque quem tem filho sob seu pátrio poder precisa instituí-lo herdeiro ou deserdá-lo nominalmente; se houver omissão do seu nome não valerá o testamento, e ainda mesmo que o filho venha a falecer antes do pai ninguém poderá ser herdeiro em virtude do testamento, porque foi nulo desde o princípio. Outrora não se observava esta regra com relação às filhas e outros descendentes de ambos os sexos pelo lado masculino.

Quando não tinham sido instituídos, nem deserdados, não se anulava por isso o testamento, mas se lhes dava o direito de acrescer certa porção. Não eram também os ascendentes obrigados a deserdar nominalmente essas pessoas, bastando incluí-las entre as demais. Entende-se que o testador deserdou nominalmente quando disse: *Tício, meu filho, seja deserdado*, ou simplesmente, *meu filho seja deserdado,* sem lhe acrescentar o nome, no caso de não existir outro filho.

§ 1.º – Os descendentes póstumos precisam também ser instituídos herdeiros ou deserdados. É igual a condição de todos os póstumos quer sejam filhos, quer quaisquer outros descendentes, sem distinção de sexo, porque o testamento vale em princípio, mas se rompe e fica de nenhum efeito pela superveniência do póstumo ou póstuma.

Se a mulher, de quem se esperava o póstumo ou póstuma, abortar, nada impede que os herdeiros inscritos recebam a herança.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Costumava-se deserdar os descendentes de sexo feminino nominalmente ou entre os mais, contanto que neste último caso se lhes deixasse legado, a fim de não parecer que foram omitidos por esquecimento.

Quanto aos póstumos masculinos, isto é, ao filho, ao neto etc., só podiam ser deserdados especificamente, isto é, deste modo: *Seja deserdado qualquer filho que me sobrevier.*

§ 2.° – São equiparados aos póstumos os que, sucedendo no lugar de um herdeiro seu, se tornam, por esta quase-agnação, herdeiros seus do ascendente. Assim, se alguém tem sob seu poder um filho e um neto ou uma neta, filhos dele, como o filho é mais próximo em grau, só ele tem direito de herdeiro seu, ainda que o neto ou neta, seus filhos, estejam sob o poder da mesma pessoa. Mas, se, em vida do pai, morrer o filho, ou por qualquer causa sair do seu poder, o neto ou a neta toma o seu lugar e adquire por quase-agnação o direito de herdeiro seu.

Conseguintemente, para que o testamento não se rompa desse modo, cumpre que o testador institua herdeiro ou deserde nominalmente o filho, e, ao mesmo tempo, o neto ou neta, filhos do filho, a fim de impedir que, se o filho falecer sendo ele ainda vivo, os netos, tomando o lugar do filho, não rompam o testamento por quase-agnação. Foi o que dispôs a lei Júnia Veléia, na qual este modo de deserdação é equiparado ao dos póstumos.

§ 3.° – Pelo direito civil não é necessário que o testador institua herdeiros ou deserde os filhos emancipados, porque não são herdeiros seus. Entretanto, o pretor manda deserdar a todos sem distinção de sexo, quando não instituídos, a saber, especificamente os de sexo masculino, e entre os demais, os de sexo feminino, se não forem instituídos, nem deserdados; como dissemos, o pretor lhes concede a posse dos bens contra a letra do testamento.

§ 4.° – Os filhos adotivos, enquanto sob o poder do adotante, têm os mesmos direitos que os havidos de justas núpcias, e devem ser instituídos ou deserdados conforme o que expusemos a respeito dos filhos por natureza. Se, porém, foram emancipados pelo adotante, não se contam entre os filhos, nem pelo direito civil nem pelo direito pretoriano. Como conseqüência, e reciprocamente, enquanto se acham na família adotiva, se consideram estranhos relativamente ao pai por natureza, o qual não é

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

obrigado a instituí-los herdeiros nem a deserdá-los. Desde que são emancipados pelo pai adotivo, ficam na mesma condição em que ficariam se tivessem sido emancipados pelo pai por natureza.

§ 5.° – Tal era o direito antigo. Uma nossa Constituição, porém, julgou que neste ponto não se deve fazer distinção entre os homens e as mulheres, porque uns e outros concorrem, segundo sua natureza, para a procriação da espécie humana, além de que eram todos chamados igualmente à sucessão abintestado pela Lei das XII Tábuas, observadas pelos pretores. Essa Constituição introduziu por isso uma legislação simples e uniforme, tanto relativamente aos filhos como às filhas e outros descendentes pelo lado masculino, quer já nascidos, quer póstumos, e ordenou que todos, quer herdeiros seus, quer emancipados, sejam instituídos ou deserdados nominalmente, e que a omissão invalide o testamento e o chamamento à sucessão, do mesmo modo que a omissão dos filhos herdeiros seus ou emancipados, já nascidos, ou concebidos e nascidos ulteriormente.

Quanto aos adotivos, estabelecemos uma distinção, que se acha na Constituição promulgada a respeito deles.

§ 6.° – Se o militar em expedição fizer testamento e não deserdar nominalmente seus descendentes já nascidos ou póstumos, mas silenciar a esse respeito, não lhes ignorando a existência, valerá o seu silêncio, em virtude das Constituições Imperiais, como deserdação nominalmente feita.

§ 7.° – A mãe e o avô materno não precisam instituir herdeiros ou deserdar os descendentes, mas podem silenciar a respeito, produzindo o seu silêncio e o dos outros ascendentes maternos o mesmo efeito que a deserdação feita pelo pai. Com efeito, quer se aplique o direito civil, quer o edito pelo qual o pretor dá aos descendentes omitidos a posse dos bens contra a letra do testamento, não tem a mãe obrigação de deserdar o filho ou a filha, nem o avô materno a de deserdar seu neto ou neta, filhos da filha, quando os não instituíram. Os referidos descendentes têm, todavia, outro recurso que logo mencionaremos.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título XIV

DA INSTITUIÇÃO DE HERDEIRO

(*De heredibus instituendis*)

É permitido instituir herdeiros pessoas livres e escravos, próprios ou alheios. Outrora, segundo a opinião predominante, só se podia regularmente instituir o escravo próprio, dando-lhe a liberdade, mas, hoje, segundo a nossa Constituição, podem ser instituídos, mesmo não declarando o testador que lhes dá a liberdade. Não introduzimos esta regra por inovação, senão porque é mais justa, e Paulo refere, nos livros que escreveu sobre Masúrio Sabino e Pláutio, ter sido essa a opinião de Atilícino. Por *escravo próprio* entende-se também aquele em que o testador tem a nua-propriedade e outrem o usufruto. Há, contudo, um caso em que a instituição de um escravo por sua senhora é nula, ainda mesmo dando-lhe a liberdade, nos termos da Constituição dos imperadores Severo e Antonino, que assim dispõe: "Ordena a razão que, antes da sentença, o escravo processado por adultério não possa ser validamente manumitido pelo testamento daquela que é acusada como sua co-ré, donde se segue que é nula a instituição de herdeiro feita em seu favor pela senhora". Por *escravo alheio* também se entende aquele de que o testador tem usufruto.

§ 1.º – O escravo, instituído herdeiro por seu senhor, se ficar na mesma condição, se torna livre pelo testamento e herdeiro necessário. Se foi manumitido pelo testador enquanto vivo, pode adir, ou não, a herança, pois não é herdeiro necessário, visto como não adquiriu a liberdade e a herança pelo testamento do senhor.

Se o escravo foi alienado, deve adir a herança por ordem de seu novo senhor, e este, por meio dele, se torna herdeiro. Com efeito, o escravo

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

alienado não se pode tornar livre ou herdeiro, ainda que tenha sido instituído herdeiro e libertado no testamento, porque o senhor, pela alienação, mostrou que desistia de lhe dar liberdade.

O escravo alheio, instituído herdeiro, se ficar na mesma condição, deve adir a herança por ordem de seu senhor, e se houver sido alienado por este em vida do testador, ou depois da morte dele mas antes da adição, deve adir por ordem do novo senhor. Se foi manumitido em vida do testador, ou depois de sua morte, mas antes da adição, poderá adir ou não.

§ 2.° – Pode-se instituir herdeiro o escravo alheio, mesmo depois da morte do senhor, porque a capacidade testamentária existe para com os escravos de uma herança. A herança, antes de adida, representa a pessoa do defunto, não a do futuro herdeiro. Pode-se instituir também herdeiro o escravo da herança à qual é chamado aquele que se acha ainda no ventre materno.

§ 3.° – O escravo de muitos senhores, que têm capacidade testamentária, sendo instituído herdeiro por um estranho, adquire a herança para os senhores por cuja ordem fizer a adição, na proporção do domínio de cada um.

§ 4.° – É permitido instituir um herdeiro ou muitos, em qualquer número.

§ 5.° – Divide-se a herança geralmente em doze partes ou onças, as quais reunidas formam uma unidade superior – o asse. Cada uma dessas partes tem um nome próprio desde a onça até o asse, a saber: *uncia* (1/12), *sextans* (1/6), *quadrans* (1/4), *triens* (1/3), *quincunx* (5/12), *semis* (1/2), *septunx* (7/12), *bes* (2/3), *dodrans* (3/4), *dextans* (5/6), *deunx* (11/12), *as*. Não é necessário que haja sempre doze onças, porque formam o asse quantas onças quiser o testador, e se, por exemplo, instituiu um só herdeiro para seis onças, estas seis onças formarão um asse, pois ninguém pode morrer testado em parte e em parte intestado, salvo o militar em cujo testamento só se atende à sua vontade. Inversamente, pode-se dividir a herança em tantas onças quantas se quiser.

§ 6.° – Quando há muitos instituídos, entende-se que o testador os instituiu em partes iguais, salvo declaração expressa. Se o testador atribuiu porções determinadas a certas pessoas, e instituiu uma terceira sem lhe atribuir porção alguma, esta é instituída sobre a parte que restar da herança.

Scanned with CamScanner

Se várias heranças forem instituídas sem atribuição de partes, todas concorrerão sobre a parte restante. Se não restar parte da herança, aqueles a que se atribuíram porções determinadas concorrerão até a metade da herança, e o outro ou outros concorrerão à outra metade. Pouco importa que o herdeiro a quem não se atribuiu porção determinada tenha sido inscrito em primeiro, segundo, ou último lugar, porque sempre se entende que lhe foi atribuída a parte vaga.

§ 7.° – Vejamos como decidir o caso de haver parte vaga e não haver herdeiro instituído sem parte: por exemplo, três herdeiros foram instituídos cada um em uma quarta parte de herança. É claro que a parte vaga deve acrescer tacitamente aos quinhões de cada um, considerando-se como se se tivesse atribuído a cada um a terça parte. Inversamente, se forem mais os instituídos do que os quinhões, se deduz de cada um o que faltar, por exemplo, se quatro herdeiros foram instituídos, cada um em uma terça parte, considerar-se-ão como instituídos cada um em uma quarta parte.

§ 8.° – Se o testador distribuiu mais de doze onças, o que foi instituído sem quinhão terá o que restar do segundo monte. O mesmo acontecerá se se esgotar este segundo monte, todos os quinhões serão reduzidos a um só monte, ainda que formem mais de doze onças.

§ 9.° – A instituição de herdeiros pode ser pura ou sob condição, mas não pode ser feita desde certo tempo ou até certo tempo, como, por exemplo: *seja meu herdeiro cinco anos depois de minha morte ou desde tal dia até tal dia*. Considera-se, nesse caso, a instituição pura e simples, e a designação de dia como de nenhum efeito.

§ 10 – A condição impossível, nas instituições de herdeiros, nos legados, nos fideicomissos e nas manumissões, considera-se não escrita.

§ 11 – Se a uma instituição se acrescentarem várias condições, sendo conjuntas, como, por exemplo, *se fizer isto e aquilo*, devem-se cumprir todas, e sendo separadas, como por exemplo, *se fizer isto ou aquilo*, basta cumprir uma das condições.

§ 12 – O testador pode instituir herdeiro a quem nunca viu, como quando institui os filhos de um irmão, nascidos no estrangeiro, ignorando quais sejam, pois a ignorância do testador não vicia a instituição.

Scanned with CamScanner

Título XV

DA SUBSTITUIÇÃO VULGAR

(De vulgari substitutione)

O testador pode instituir herdeiros em diversos graus, como, por exemplo, *se Fulano não for meu herdeiro, seja Sicrano*, e, assim por diante, substituindo quantos quiser, e pode até, em último lugar, instituir herdeiro necessário um de seus escravos.

§ 1.º – Pode substituir-se um a muitos, ou muitos a um só, ou cada um a cada um, ou entre si os herdeiros instituídos.

§ 2.º – Se o testador substituir entre si os herdeiros instituídos em quinhões desiguais, não mencionando os quinhões na substituição, entende-se que lhes quis atribuir os quinhões em que os instituiu. Assim decidiu o rescrito do imperador Pio.

§ 3.º – Se a um herdeiro instituído se substituiu seu co-herdeiro, e a este um terceiro, decidiram em rescrito os imperadores Severo e Antonino que este último seja admitido a ambos os quinhões indistintamente.

§ 4.º – Quando o testador nomeou herdeiro o escravo alheio, julgando-o pai de família e acrescentou: *caso não seja herdeiro, seja herdeiro Mévio,* se o escravo vier a adir por ordem do seu senhor, Mévio será admitido em parte.

Com efeito, as palavras *caso não seja herdeiro,* aplicadas a quem o testador sabe estar sujeito ao poder de outrem, significam *se ele mesmo não for herdeiro, ou se não fizer outrem herdeiro*, mas aplicadas a quem julga o testador ser pai de família, significam: *se não adquirir a herança para si ou para aquele em cujo poder cair posteriormente.* Assim o decidiu Tibério César a respeito de seu escravo Partênio.

Scanned with CamScanner

Título XVI

DA SUBSTITUIÇÃO PUPILAR

(De pupillari substitutione)

Quem tem sob seu pátrio poder descendentes impúberes não só pode substituí-los, como acima dissemos, isto é, determinar que se eles não forem seus herdeiros seja herdeiro um terceiro, como também pode ordenar que se os seus herdeiros falecerem na puberdade lhes fique substituído o terceiro. Como neste caso: *Tício, meu filho, seja meu herdeiro, se não for meu herdeiro, ou se o for e morrer antes de chegar à puberdade, seja então herdeiro Seio.* Neste caso, se o filho não foi herdeiro, o substituto se torna herdeiro do pai, mas se o filho foi herdeiro e faleceu ainda impúbere, o substituto se torna herdeiro do filho, porque os costumes estabeleceram que os ascendentes testem pelos descendentes quando a idade destes não lhes permitir fazê-lo por si mesmos.

§ 1.º – Determinados por estes motivos, incluímos no Código uma Constituição, segundo a qual os que têm descendentes mentecaptos, de qualquer sexo ou grau, ainda mesmo púberes, podem ser substituídos por certas pessoas, a exemplo da substituição pupilar, e, se recuperarem a razão, ficará sem efeito a substituição, do mesmo modo que fica sem efeito a substituição pupilar quando o pupilo chega à puberdade.

§ 2.º – Na substituição pupilar, feita pelo modo acima exposto, parece haver dois testamentos, um do pai, outro do filho, se considerarmos este último como instituindo herdeiro a si próprio. Mas há na verdade um só testamento com duas causas, isto é, com duas heranças.

§ 3.º – Se alguém temer que seu filho, ainda impúbere, fique exposto a ciladas, por ter substituto conhecido, deve fazer abertamente, e na

Scanned with CamScanner

primeira parte do testamento, uma substituição vulgar, e escrever em separado, e no fim do testamento, a substituição, pela qual é chamado o substituto, se o pupilo for herdeiro e morrer impúbere, fechando esta parte com linha e sinete próprio, e determinando na primeira parte do testamento que não se abra a segunda em vida do filho e enquanto for impúbere. Evidentemente isto não impede a validade da substituição pupilar, escrita no mesmo documento em que o foi a instituição de herdeiro, ainda que seja perigosa para o pupilo.

§ 4.º – A substituição, pela qual o chefe de família indica a seus descendentes, no caso de morrerem impúberes, quem deseja para seu herdeiro, pode recair tanto sobre os herdeiros como sobre os deserdados. Neste caso, pertencerá ao substituto tudo quanto o pupilo adquirir por herança, legado, ou doação de parentes e amigos. Tudo quanto dissemos a respeito da substituição dos descendentes impúberes, instituídos ou deserdados, entende-se também a respeito dos póstumos.

§ 5.º – Ninguém pode fazer testamento para seus descendentes sem fazer também para si próprio, porque o testamento pupilar é parte e acompanha o testamento paterno, de modo que se o testamento paterno não valer, não valerá também o do filho.

§ 6.º – Pode o testador nomear substituto não só a cada um dos seus descendentes, como também ao último deles que morrer impúbere, a saber: nomeará substituto a cada um, se quiser que nenhum morra intestado; nomeará ao último deles, se quiser conservar intacto entre eles o direito de sucessão legítima.

§ 7.º – Dá-se substituto ao impúbere, ou nominalmente, como quando se diz: *Tício seja meu herdeiro,* ou em termos gerais, como quando se diz: *quem quer que seja meu herdeiro*. Por estas palavras, morrendo o filho impúbere, são chamados à substituição os herdeiros instituídos que herdaram e na proporção do que herdaram.

§ 8.º – Pode-se dar substituto ao descendente do sexo masculino até os catorze anos, e ao do sexo feminino até os doze anos. Depois dessa idade a substituição é sem efeito.

§ 9.º – Ao estranho, ou ao filho púbere, instituídos herdeiros, ninguém pode dar substituto que seja herdeiro se morrerem dentro de certo tempo. O testador pode somente obrigá-lo, por fideicomisso, a restituir a outrem a herança no todo ou em parte, direito esse que exporemos oportunamente.

Scanned with CamScanner

Título XVII

DE QUE MODOS SE INVALIDAM OS TESTAMENTOS

(*Quibus modis testamenta infirmantur*)

O testamento legalmente feito vale até que seja roto ou fique írrito.

§ 1.° – Rompe-se o testamento quando ele é alterado em suas conseqüências, sem o testador mudar de estado: por exemplo, quando o testador, depois de feito o testamento, adota como filho, por um rescrito do príncipe, uma pessoa *sui juris*, ou, por autorização do pretor, um filho de família, fica roto o testamento pela quase agnação de um herdeiro seu.

§ 2.° – Também se rompe o testamento por um testamento posterior validamente feito. Pouco importa que haja ou não, neste último, herdeiro instituído, porque se considera que poderia haver. Se, pois, o instituído repudiar a herança, ou falecer antes, ou mesmo depois do testador, sem adir a herança, ou se faltar à condição sob a qual foi instituído, o pai de família morre intestado em todos os casos, porquanto o primeiro testamento é nulo por ter sido rompido pelo testamento posterior, e o posterior não vale porque não institui herdeiro.

§ 3.° – Se alguém fizer regularmente um testamento, e depois fizer outro igualmente regular, ainda que neste só institua herdeiro para certas coisas determinadas, fica revogado o primeiro, de acordo com o rescrito dos imperadores Severo e Antonino.

Aqui reproduzimos o seu teor, porque acrescenta alguma coisa ao que dissemos:

Scanned with CamScanner

"Os imperadores Severo e Antonino Coceio Campano. O segundo testamento, ainda que o herdeiro nele instituído o fosse somente para certas coisas determinadas, vale como se não houvesse menção dessas coisas. O herdeiro, todavia, se deve contentar com o que lhe foi deixado, ou, completando a quarta Falcídia, restituir a herança aos instituídos no primeiro testamento, desde que o testador exprimiu a vontade de continuar a valer o primeiro testamento".

Assim, mesmo deste modo, o testamento fica roto.

§ 4.º – De outro modo ainda se invalidam os testamentos regularmente feitos, por exemplo, quando o testador sofre diminuição de capacidade. Referimos no primeiro livro como isto tem lugar.

§ 5.º – Neste caso se diz que os testamentos se tornam írritos. Os testamentos rotos, assim como os feitos irregularmente desde o começo, são também írritos pela diminuição de capacidade. Como, porém, é mais cômodo distinguir cada coisa com seu nome, se diz de uns testamentos que não foram regularmente feitos, e, de outros, que foram regularmente feitos, e, ainda de outros, que foram regularmente feitos e se tornaram rotos ou írritos.

§ 6.º – Não são, entretanto, absolutamente inúteis os testamentos regularmente feitos, que depois ficaram írritos pela diminuição da capacidade, porque, se foram assinados e selados por sete testemunhas, pode o herdeiro instituído tomar posse dos bens, conforme a letra do testamento, se o defunto ao tempo da morte era cidadão romano e pai de família. Ao contrário, se o testamento ficou írrito por ter o testador perdido a cidadania, ou a liberdade, ou por se ter dado em adoção, encontrando-se por ocasião da morte sob o poder do pai adotivo, não poderá o herdeiro instituído pedir a posse dos bens na conformidade do testamento.

§ 7.º – Não se pode invalidar o testamento pelo só fato de entender o testador que ele não vale. Não basta este fato, mesmo quando o testador, tendo feito um primeiro testamento, começa um segundo que fica inacabado, ou por o ter surpreendido a morte, ou por ter mudado o seu propósito. O imperador Pertinax declarou, em um discurso, que o primeiro testamento regularmente feito só fica írrito quando o segundo testamento estiver regularmente feito e acabado, pois o testamento imperfeito é nulo.

Scanned with CamScanner

§ 8.º – No mesmo discurso declarou o Imperador que não admitiria disposição testamentária daquele que instituiu herdeiro o príncipe, a fim de que com ele corresse a demanda, nem o testamento irregular em que o príncipe foi instituído justamente para sanar as irregularidades, nem aceitaria o nome de herdeiro por simples palavras, ou por escrito sem valor jurídico. Os imperadores Severo e Antonino muitas vezes declararam em rescrito: "Ainda que colocados acima das leis, vivemos na sua observância".

Scanned with CamScanner

Título XVIII

DO TESTAMENTO INOFICIOSO

(De inofficioso testamento)

Muitas vezes os ascendentes deserdam ou omitem os descendentes sem motivo. Permitiu-se por isso que possam intentar ação de inoficiosidade do testamento os descendentes que foram injustamente deserdados ou omitidos, sob o fundamento de que o testador não se achava em seu juízo quando testou. A ação tende a demonstrar que o testador, sem se achar realmente louco, fez testamento regular, mas contrário aos sentimentos naturais, porque se houvesse verdadeira loucura o testamento seria nulo.

§ 1.º – Tanto os descendentes podem mover ação contra o testamento dos ascendentes, como estes contra o daqueles. As Constituições Imperiais preferem o irmão ou irmã aos herdeiros instituídos que forem pessoas torpes. Segue-se daí que não podem intentar ação contra os mais herdeiros. Os parentes mais afastados do que o irmão ou a irmã não podem de modo algum intentá-la ou vencê-la.

§ 2.º – Os filhos naturais e adotivos, observada a distinção introduzida pela nossa Constituição, somente podem intentar a ação de inoficiosidade, quando não tenham outro meio legal de chegar à herança do defunto, pois quem pode haver por outro meio legal a totalidade ou parte da herança não tem esta ação. Têm-na, porém, os póstumos que não podem por outro título ser herdeiros.

§ 3.º – As regras precedentes só se aplicam às pessoas a quem o testador nada deixou, e isso preceituou a nossa Constituição em respeito

Scanned with CamScanner

aos direitos da natureza. Se, ao contrário, lhes for deixada uma parte qualquer da herança, ou uma coisa determinada, não tem lugar a ação de inoficiosidade, mas se completará o que lhes faltar até a quarta parte da legítima, ainda que não declarasse o testador que devia ser completada a arbítrio de um bom varão.

§ 4.º – Quando o tutor, em nome do pupilo cuja tutela administrava, recebeu legado do testamento de seu próprio pai, poderá intentar a ação de inoficiosidade do mesmo testamento, se nele nada lhe foi deixado.

§ 5.º – E, reciprocamente, se em nome do pupilo a quem nada foi deixado, intentou ação de inoficiosidade do testamento, e foi vencido, não perde por isso o legado que no mesmo testamento lhe foi deixado.

§ 6.º – Assim, para que alguém se ache na impossibilidade de intentar ação de inoficiosidade, deverá ter a quarta parte, a título de herança, legado, fideicomisso, doação *causa mortis*, doação *inter vivos*, mas somente nos casos previstos por nossa Constituição, ou de qualquer modo constantes das leis imperiais.

Quando dizemos *quarta parte,* deve-se entender que, embora seja um ou grande o número de pessoas admitidas a exercer a ação de inoficiosidade, pode somente lhes ser dada a quarta parte para dividirem entre si proporcionalmente, cabendo a cada uma a quarta parte de sua porção viril.

Scanned with CamScanner

Título XIX

DAS DIFERENTES ESPÉCIES DE HERDEIROS

(De heredum qualitate et differentia)

Os herdeiros são necessários, ou são seus e necessários, ou estranhos.

§ 1.º – Herdeiro necessário é o escravo instituído herdeiro, assim chamado porque, quer queira quer não, se torna livre e herdeiro, desde a morte do testador. Daí se conclui que os senhores que duvidam da sua solvabilidade costumam instituir herdeiro o escravo em primeiro ou segundo grau, ou mesmo em grau inferior, a fim de serem pelos credores não pagos, tomados, alienados ou divididos os bens do herdeiro, e não os do testador. Em compensação deste ônus, concede-se-lhe a vantagem de conservar para si todos os bens adquiridos desde a morte do patrono, e embora os bens do defunto não bastem para pagar os credores, nem por isso são vendidos também os bens que o liberto adquiriu para si.

§ 2.º – Herdeiros seus e necessários são o filho, a filha, o neto ou a neta, os filhos de um filho, e sucessivamente os demais descendentes, que ao tempo da morte do testador estiveram sob seu pátrio poder.

Não basta para o neto ou neta serem herdeiros do avô e estarem sob seu poder na época da morte: é ainda preciso que seu pai, em vida do avô, tenha deixado de ser herdeiro deste, ou por ter morrido, ou por ter saído de outro modo de seu pátrio poder, e, só então o neto, ou a neta, sucedem em lugar do pai.

Estes herdeiros se chamam *seus* porque são de casa, e mesmo em vida do ascendente se consideram de algum modo donos, e, se o ascen-

Scanned with CamScanner

dente vem a falecer sem testamento, são chamados em primeiro lugar à sucessão. Chamam-se herdeiros *necessários*, porque quer queiram quer não queiram são herdeiros testamentários ou abintestado, mas o pretor lhes permite abster-se da herança, a fim de que os credores não lhes tomem os bens, mas os do ascendente.

§ 3.º – Os outros herdeiros, que não se acham sujeitos ao pátrio poder do testador, têm o nome de herdeiros estranhos, como os nossos próprios descendentes, quando não se acham sujeitos ao nosso pátrio poder, se consideram estranhos. Estão no mesmo caso os filhos instituídos herdeiros pela mãe, porque as mulheres não têm pátrio poder, e também o escravo instituído pelo senhor e por ele manumitido depois da feitura do testamento.

§ 4.º – É regra, quanto aos herdeiros estranhos, que o testador deva ter a respeito deles a capacidade testamentária, quer sejam eles próprios os instituídos, quer as pessoas sob cujo pátrio poder se acham.

A capacidade testamentária deve ocorrer em duas etapas, por ocasião da feitura do testamento, para que valha a instituição, e por ocasião da morte do testador, para que tenha efeito.

Mais ainda: a capacidade testamentária deve existir por ocasião da adição da herança ao herdeiro instituído, pura e simplesmente, ou com condição, porque se deve levar em conta o direito do herdeiro no momento em que ele adquire a herança. A incapacidade superveniente no intervalo que medeia entre a feitura do testamento e a morte do testador, ou a realização da condição, não prejudica o herdeiro, porque, como dissemos, atendemos as três etapas. Tem capacidade testamentária não somente quem pode fazer testamento, como também quem pode, por testamento alheio, adquirir algo para si ou para outrem, ainda que não possa testar.

O louco, o mudo, o póstumo, o infante, o filho de família e o escravo alheio têm capacidade testamentária, porque, embora não possam testar, adquirem bens, por testamento, para si ou para outrem.

§ 5.º – Os herdeiros estranhos podem deliberar sobre a adição ou a renúncia da herança. Mas, se o que pode renunciar se intromete nos bens da herança, ou se o estranho, que tem o direito de deliberar, a aceita, não pode mais renunciá-la, salvo se for menor de vinte e cinco anos. O pretor

Scanned with CamScanner

auxilia as pessoas dessa idade, como nos outros casos em que eles sofrem prejuízo, se imprudentemente aceitaram uma herança onerosa.

§ 6.º – Todavia, o divino imperador Adriano considerou válida a renúncia feita por um maior de vinte e cinco anos, por terem aparecido, depois da adição, grandes dívidas, antes ignoradas.

Constituindo isso, porém, um favor pessoal, o divino imperador Gordiano estendeu também essa renúncia aos militares.

A nossa benevolência também estendeu esse benefício a todos os súditos do Império, e publicamos uma Constituição justa e grandiosa, cujas disposições permitem a quem as observar fazer adição da herança e responder somente até o valor dos bens. Por isso, é desnecessário deliberar, salvo, deixando de se conformar com a nossa Constituição, preferir deliberar sujeitando-se aos antigos encargos da adição.

§ 7.º – O herdeiro estranho, instituído por testamento ou chamado abintestado à herança legítima, pode tornar-se herdeiro, ou portando-se como tal, ou simplesmente manifestando a vontade de aceitar a herança. Considera-se que alguém se conduz como o faria um herdeiro, se usa como tal das coisas da herança, vendendo-as, cultivando ou alugando as terras, ou se manifesta por palavras, ou por atos, a vontade de adir a herança, contanto que saiba que, aquele cujos bens administra na qualidade de herdeiro, morreu com ou sem testamento, e que é herdeiro. Administrar na qualidade de herdeiro é administrar como dono, porque, para os antigos, herdeiro quer dizer proprietário.

Do mesmo modo que a simples vontade basta ao estranho para tornar-se herdeiro, assim também a manifestação em contrário o afasta da herança. Nada impede ao surdo ou ao mudo, de nascença ou por fato posterior, administrar na qualidade de herdeiro, e adquirir a herança, contanto que saiba o que faz.

Scanned with CamScanner

Título XX

DOS LEGADOS
(*De legatis*)

Vejamos, agora, os legados, matéria esta que parece estranha ao nosso assunto, porque tratamos das aquisições por título universal, mas, depois de esgotar a matéria dos testamentos e dos herdeiros testamentários, não é sem razão que passemos à exposição da doutrina dos legados.

§ 1.º – Legado é a espécie de doação deixada pelo *de cujus*.

§ 2.º – Havia antigamente quatro espécies de legados: os de reivindicação (*per vindicationem*), os por condenação (*per damnationem*), os de tolerância (*sinendi modo*) e os de antecipação (*per praeceptionem*), e havia para cada espécie ainda certas palavras determinadas que as distinguiam uma das outras. As Constituições Imperiais aboliram inteiramente essas fórmulas verbais. Uma de nossas Constituições, redigida com esmero, desejando dar mais eficácia à vontade do *de cujus*, considerando-lhe mais a vontade do que as palavras, dispôs que todos os legados, quaisquer que sejam as expressões nele usadas, tenham a mesma natureza, e possam os legatários havê-los não só pelas ações pessoais, como pela ação real e pela ação hipotecária. A sabedoria dessa Constituição será facilmente apreciada por seu próprio teor.

§ 3.º – Julgamos que ainda nós não devemos circunscrever nossa Constituição. Observando-se, com efeito, que antigamente os legados estavam circunscritos a rígidos limites, e concedia-se maior amplitude aos fideicomissos, por decorrerem mais diretamente da vontade do defunto. Assim, achamos necessário assimilar os legados aos fideicomissos, para não haver diferença entre eles, de modo que, se faltar alguma

Scanned with CamScanner

coisa aos legados, supram-nos fideicomissos, e estes aproveitem, daqueles, as vantagens que tiverem. Contudo, para evitar que, desde os primeiros passos no estudo do direito, a exposição conjunta dessas matérias cause dificuldades aos jovens estudiosos, achamos melhor tratar, primeiro, dos legados e, depois, dos fideicomissos, a fim de que, melhor conhecendo os alunos a natureza de uns e de outros, possam de modo mais completo apreciar-lhe a sua síntese.

§ 4.° – Pode o testador legar não só a coisa que lhe pertence ou que pertence ao herdeiro, como também a coisa alheia. Neste caso, fica o herdeiro obrigado a adquiri-la para entregá-la, ou, não, podendo adquiri-la, a dar o seu valor. O valor da coisa não é devido quando ela se acha fora do comércio, como se o testador legasse, por exemplo, o Campo de Marte, os templos, as basílicas, qualquer coisa destinada ao público, porque, nesses casos, o legado é nulo. Quando dizemos que se pode legar a coisa alheia, isso só se refere à hipótese de o *de cujus* saber que pertencia a outrem, e não no caso de ignorá-lo, porque, talvez, se o soubesse, não a teria legado.

Decidiu, neste sentido, o imperador Antonino Pio, em um rescrito, que incumbe ao autor, isto é, ao legatário, provar que o *de cujus* sabia ter legado coisa alheia, e não aos herdeiros a prova de ignorância do testador, porque o ônus da prova cabe sempre ao autor.

§ 5.° – Se o legado constitui garantia de dívida, deve o herdeiro saldá-la. Neste caso, dá-se o mesmo que no caso do legado de coisa alheia, isto é, o herdeiro fica somente obrigado a vagar a coisa, quando o *de cujus* sabia que a coisa havia sido dada em garantia da dívida, e assim resolveram os imperadores Severo e Antonino. Se, entretanto, o testador manifestou a vontade de que a coisa fosse usufruída pelo legatário, o herdeiro não fica obrigado a cumpri-la.

§ 6.° – Se o legatário de coisa alheia se tornou proprietário dela, antes da morte do testador, mediante compra, pode, então, pedir o preço da coisa pela ação de testamento. Se, porém, a adquiriu por título gratuito, como por doação ou por outro semelhante meio, não pode pedir, porque é pacífico que dois títulos gratuitos não incidem sobre a mesma coisa, em favor da mesma pessoa. Por conseguinte, se uma coisa for devida ao mesmo legatário, em decorrência de dois testamentos, cabe indagar se recebeu primeiro a coisa ou o valor, e, se recebeu a coisa,

Scanned with CamScanner

não a pode pedir, pois a tem por título gratuito, mas, se antes recebeu o valor, pode pedir a coisa.

§ 7.º – Pode-se legar a coisa que ainda não existe, mas depois existirá, como os frutos que nascerão de um campo, ou o filho que nascerá de uma escrava.

§ 8.º – Se uma coisa for legada a duas pessoas diversas conjunta ou separadamente, se ambas aceitam o legado, reparte-se entre ambas, mas se faltar uma delas por não querer o legado, ou por ter morrido em vida do testador, ou por qualquer outro motivo, a coisa pertencerá por totalmente colegatário. O testador lega conjuntamente quando declara: "Dou, lego a Tício e a Seio o escravo Estico". O testador lega separadamente quando declara: "Dou e lego a Tício o escravo Estico"; "dou e lego a Seio o escravo Estico". O legado é também feito, separadamente, quando o testador usa a expressão "o mesmo escravo Estico".

§ 9.º – Se aquele a quem for legado o terreno de outro comprar a nua propriedade, e, em seguida, lhe advier o usufruto, Juliano diz que este legatário pode pedi-la validamente, em virtude do testamento, porque, na petição, o usufruto figura como servidão, mas o juiz deve, de ofício, mandar pagar-lhe o valor do terreno, feita a dedução do usufruto.

§ 10 – Se alguém deixar a um legatário uma coisa que lhe pertença, nulo é o legado, porque o que é seu, não se pode tornar mais seu, e ainda que o legatário a tenha alienado, não lhe é devido nem a coisa nem o seu valor.

§ 11 – Se alguém legar coisa própria, julgando-a alheia, o legado vale, porque prevalece a verdade sobre a suposição, e se julgou que pertencia ao legatário, também vale o legado, porque a vontade do *de cujus* pode ter eficácia.

§ 12 – Quando o testador legou uma coisa sua, e depois a alienou a alguém, segundo Celso, o legado é devido se a vendeu sem intenção de revogá-lo, o mesmo tendo decidido, em rescrito, os imperadores Severo e Antonino; e também decidiram em rescrito que o testador, quando empenha os imóveis legados, não se entende que revogou o legado, e, que por conseguinte, o legatário pode agir contra o herdeiro para que desempenhe os fundos. Quando o testador aliena parte da coisa legada, a parte não alienada fica sempre devida, mas a parte alienada

Scanned with CamScanner

é devida somente quando a alienação foi feita sem a intenção de revogar o legado.

§ 13 – Se alguém legar a dívida a seu devedor, o legado vale, e o herdeiro não pode exigi-la do mesmo devedor, de seu herdeiro ou outro sucessor, podendo ainda ser citado pelo devedor para dar-lhe quitação. Pode também o testador ordenar que o herdeiro não cobre a dívida até certo tempo.

§ 14 – Ao contrário, quando o devedor lega ao credor o que lhe é devido, o legado é inútil, se nada mais contém do que dívida, porque o legatário não tem vantagem alguma. Quando, porém, lega apenas o que é devido no termo ou sob condição, o legado vale, por causa da antecipação. Se o termo ou a condição se realizaram em vida do testador, o legado ainda vale, porque era válida sua origem.

Não prevaleceu, assim, a opinião dos que julgavam extinguir-se o legado pela ulterior realização das circunstâncias, que teriam impedido a sua validade primitiva.

§ 15 – Se o marido lega à mulher seu dote, o legado vale, porque é mais eficaz que a ação de dote. Quando o marido lega dote que não recebeu, um rescrito dos imperadores Severo e Antonino diz que, se legou simplesmente o dote, o legado é sem valor, mas se, ao legar indicou certa quantia em dinheiro, um objeto certo, ou um contrato dotal, o legado vale. Perecendo a coisa legada sem participação do herdeiro, o legatário perde-a. Se escravo alheio legado for manumitido, sem intervenção do herdeiro, este nada deve. Quando, porém, o escravo pertencia ao herdeiro, e este o manumitiu, Juliano diz que o herdeiro o deve sem distinguir se sabia ou não que o testador o legara. Do mesmo modo se o herdeiro deu o escravo a outrem, que o manumitiu, fica ainda obrigado, mesmo ignorando a existência do legado.

§ 16 – Se a coisa legada perecer sem ato do herdeiro, perece para o legatário. Se o escravo de terceiro, que foi legado, vier a ser manumitido sem ato do herdeiro, este a nada fica obrigado. Mas, se foi legado o escravo do herdeiro e este o manumitiu, fica, segundo Juliano, obrigado, sem distinguir se sabia ou não do legado. O mesmo tem lugar quando o herdeiro doou o escravo, e o donatário o manumitiu.

§ 17 – Se o testador legou uma escrava com seus filhos, a morte da escrava não impede que os filhos se incluam no legado.

Scanned with CamScanner

O mesmo ocorre se são legados escravos vicários com escravos ordinários, pois, mesmo que morram aqueles, a estes cabe o legado.

Quando se lega um escravo com o respectivo pecúlio, o legado do pecúlio se extingue pela morte, pela manumissão, ou pela alienação do escravo. Do mesmo modo quando se legam terras guarnecidas de instrumentos, ou com instrumentos, a alienação das terras extingue igualmente o legado dos instrumentos.

§ 18 – Sendo legado um rebanho que fique depois reduzido a uma ovelha, o legatário pode reivindicá-la. O legado de um rebanho compreende também, segundo Juliano, as ovelhas que a ele se ajuntarem depois de feito o testamento. Realmente, o rebanho forma um só todo, composto de várias cabeças, como o edifício forma um todo, composto de pedras reunidas.

§ 19 – O legado de um edifício compreende também as colunas e mármores que a ele se ajuntarem, depois de feito o testamento.

§ 20 – Se o legado for um pecúlio, tudo quanto se lhe acrescer ou tirar, em vida do testador, é em vantagem ou prejuízo do legatário. Sendo legada a um escravo a liberdade com o pecúlio, tudo quanto ele adquirir entre o momento da morte do testador e a adição da herança lhe pertence, diz Juliano, porque o vencimento do legado coincide com a adição da herança, mas, sendo o pecúlio legado a outra pessoa, o que se lhe acrescer não pertence ao legatário, se não for fruto das coisas do mesmo pecúlio. Além disso, o escravo manumitido por testamento só tem direito ao pecúlio quando este lhe for legado, ao passo que relativamente ao manumitido entre vivos basta que não lhe tenham negado o legado expressamente, assim tendo decidido o rescrito dos imperadores Severo e Antonino. Segundo esses mesmos imperadores, o legado do pecúlio não dá ao escravo o direito de reaver as quantias que adiantou por conta de seu senhor. Entende-se que o testador lega o pecúlio, quando manda o escravo que fique livre depois de prestadas as contas e de haver pago o saldo devedor com o pecúlio do escravo.

§ 21 – Coisas corpóreas e incorpóreas podem ser legadas, podendo, pois, o testador legar o que lhe é devido, e, neste caso, o herdeiro transfere ao legatário suas ações, salvo se o testador, em vida, recebeu o seu crédito, porque, neste caso, se extingue o legado. Vale também o legado fei-

Scanned with CamScanner

to nestes termos: *seja meu herdeiro condenado a reparar a casa de Fulano, ou a pagar as dívidas de Beltrano.*

§ 22 – Sendo legado um escravo, ou outra coisa genericamente designada, a escolha pertence ao legatário se o testador não dispôs em contrário.

§ 23 – O legado de opção, isto é, aquele em que o testador ordena que o legatário escolha um de seus escravos, ou uma de suas coisas, antigamente continha uma condição: se o legatário viesse a falecer sem ter optado, o legado não se transmitia aos herdeiros, mas, por uma de nossas Constituições, alteramos este ponto e permitimos a escolha ao herdeiro do legatário, quando este em vida não tenha optado. Dispondo com maior minúcia, preceitua a nossa Constituição que no caso de existirem vários legatários com direito de opção, ou vários herdeiros de um mesmo legatário, que não cheguem a acordo sobre o objeto a escolher, seja a escolha decidida por sorteio, prevalecendo a opinião daquele que a sorte designou a fim de evitar que o legado se extinga, como, contra a eqüidade, admitia a maioria dos jurisconsultos.

§ 24 – O testador só pode legar àqueles com quem tem capacidade testamentária.

§ 25 – Antes, ninguém podia deixar legados ou fideicomissos a pessoas incertas, nem mesmo o militar, como decidiu um rescrito do imperador Adriano. Considerava-se pessoa incerta aquela que o testador não tinha presente ao espírito de uma maneira precisa, por exemplo, quando dizia: *Meu herdeiro dará tais terras a quem casar sua filha com meu filho*, ou quando legava aos que primeiro fossem eleitos cônsules depois do testamento, e em muitos outros casos semelhantes. Não podia também o testador dar liberdade a manumitidos nominalmente, podendo, também, nomear tutor uma pessoa certa. Legava-se, porém, validamente sob designação certa, isto é, a uma pessoa incerta a escolha entre pessoas determinadas, como por exemplo, *que meu herdeiro dê tal coisa àquele de meus parentes, hoje existentes, que casar com minha filha.* As Constituições Imperiais dispunham que não poderiam ser reavidos os legados ou fideicomissos deixados a pessoa incerta e pagos por engano.

§ 26 – Nulo também o legado feito ao póstumo estranho, isto é, ao que, nascendo, não se encontrava no número dos herdeiros seus do testa-

Scanned with CamScanner

dor, do que é exemplo, em relação ao avô, o neto concebido de filho emancipado.

§ 27 – Esta questão também não ficou sem as necessárias reformas. Assim incluímos em nosso Código uma Constituição que modifica essa proibição sobre pessoas incertas, não só relativamente às heranças, como também aos legados e fideicomissos, o que pela sua leitura se perceberá facilmente. A referida Constituição, contudo, proíbe também a nomeação de pessoa incerta como tutor, porque todos devem dispor com certeza absoluta da tutela de seus descendentes.

§ 28 – O póstumo estranho podia antigamente, como pode ainda hoje, ser instituído herdeiro, a menos que não se ache no ventre de mulher com quem o testador não pode casar.

§ 29 – Vale o legado, ainda quando o testador erra sobre o nome, sobrenome, ou prenome do legatário, desde que se trate de pessoa notória, o mesmo se observando quanto aos herdeiros, e com razão, porque os nomes foram criados para designar pessoas e pouco importa que sejam indicadas de outra maneira.

§ 30 – Análoga a esta é a regra segundo a qual não se anula o legado pela falsa designação, como, neste exemplo, *lego Estico que nasceu meu escravo.* Mesmo que Estico não tenha nascido no domínio do testador, mas tenha sido comprado, desde que haja certeza sobre a sua identidade, o legado é válido. Do mesmo modo se disser: *o escravo Estico que comprei a Seio,* e o houver comprado a outrem, valerá o legado, desde que se saiba quem é o escravo.

§ 31 – Com mais forte razão, a falsa causa não impede a validade do legado, como neste exemplo: *lego Estico a Tício, porque administrou meus negócios durante minha ausência;* ou: *lego Estico a Tício, porque sua defesa foi a de uma grave acusação.* Ainda que, absolvido, Tício não tenha tratado dos negócios do testador, nem o tenha libertado com sua defesa, o legado vale, mas não será assim se a causa for enunciada sob forma condicional, deste modo: *lego tal propriedade a Tício, se ele cuidou dos meus negócios.*

§ 32 – Duvidou-se sobre o fato de poder ou não o testador legar ao escravo do herdeiro. É normal que não vale o legado feito pura e simplesmente, não aproveitando mesmo que o escravo tenha saído do poder do

Scanned with CamScanner

herdeiro em vida do testador, porque o legado, que seria nulo se o testador morresse logo depois de feito o testamento, não deve valer, porque ele viveu mais tempo. Vale, porém, o legado feito sob condição, contanto que se indague se, no vencimento do legado, o escravo está ou não em poder do herdeiro.

§ 33 – Ao contrário, mesmo sem condição, o legado deixado ao senhor do escravo instituído herdeiro é válido.

E, mesmo que, logo depois de feito o testamento, houvesse morrido o testador, nem por isso se consideraria vencido o legado em relação ao herdeiro, pois herança não se confunde com legado, e, por intermédio do escravo, um terceiro pode ser herdeiro, se for alienado antes de receber a herança por ordem do senhor, ou, se manumitido, se tornar herdeiro. Nestes casos, o legado vale, mas se o escravo continuar na mesma condição e receber a herança por ordem do legatário, o legado desaparece.

§ 34 – Antigamente, nulo era o legado feito antes da instituição de herdeiro, porque é a instituição que dá força a todo testamento, e, por isso, é considerado como princípio e base dele.

Pelo mesmo motivo não se podia dar liberdade a alguém antes da instituição do herdeiro. Considerando-se absurdo, e os antigos já julgavam isso censurável, que se dê maior valor à redação do que à vontade do testador, reformamos esta anomalia por uma Constituição, em que permitimos que se considerem os legados, instituição de herdeiro, ou o meio dela, e, por mais forte razão, se deixe a liberdade, que é sempre mais favorecida.

§ 35 – Assim também era nulo o legado feito depois da morte do herdeiro ou do legatário, como, por exemplo: *lego, quando meu herdeiro morrer;* ou: *lego na véspera da morte de meu herdeiro, ou legatário.* Também corrigimos este ponto, dando valor a tais legados, à semelhança dos fideicomissos, de modo a não ficarem, neste particular, os legados em posição inferior à dos fideicomissos.

§ 36 – Era também nulo o legado, bem assim como sua revogação, ou transferência, a título de pena. Legado a título de pena é o feito ao herdeiro para obrigá-lo a fazer ou a não fazer alguma coisa, como, por exemplo, *se o meu herdeiro der (ou não der) a filha em casamento a Tício, dê meu herdeiro dez moedas de ouro a Seio;* ou então: *se o meu herdeiro*

Scanned with CamScanner

alienar (ou não alienar) o escravo Estico, dê dez moedas de ouro a Tício. Esta regra era observada tão ao pé-da-letra que várias Constituições Imperiais declaravam que o próprio Imperador não aceitaria legados que lhe fossem feitos a título de pena, e que tais legados seriam nulos mesmo nos testamentos militares, apesar do favor de que gozam as disposições testamentárias dos soldados. Mais ainda: a própria liberdade não poderia ser outorgada a título de pena, nem, segundo a opinião de Sabino, a esse título acrescentar-se um herdeiro, como, neste exemplo: *que seja Tício meu herdeiro, se Tício der sua filha em casamento a Seio e que seja Seio também meu herdeiro,* pois pouco importava que o meio de constranger Tício fosse deixar-lhe um legado ou a adjunção de um co-herdeiro. Não aprovamos semelhante rigor, e dispusemos que os legados, em geral, feitos, revogados, ou transferidos a outrem, ainda mesmo a título de pena, em nada fossem diferentes dos demais, no modo de serem feitos ou no de serem revogados ou transferidos, exceto se forem impossíveis, ilegais ou indecorosos, porque a moral de nossos tempos não permite semelhantes disposições.

Scanned with CamScanner

Título XXI

DA REVOGAÇÃO E DA TRANSFERÊNCIA DOS LEGADOS

(De ademptione et translatione legatorum)

Válida é a revogação do legado feita no mesmo testamento ou em codicilo, quer seja feita por palavras contrárias, como se alguém, depois de haver dito *dou, lego*, dissesse depois *não dou, não lego*, quer por palavras não contrárias, isto é, por meio de qualquer outra expressão.

§ 1.º – Pode também transferir-se o legado de uma para outra pessoa, como quando o testador, no mesmo testamento, ou em codicilo, diz *dou a Seio o escravo Estico que eu tinha legado a Tício*. Neste caso, dá-se revogação quanto a Tício e legado em relação a Seio.

Scanned with CamScanner

Título XXII

DA LEI FALCÍDIA

(De lege Falcidia)

Falta-nos falar da lei Falcídia, que fixou os últimos limites em matéria de legados.

Antigamente, conforme a Lei das XII Tábuas, era de tal modo ilimitada a faculdade de legar que o testador podia esgotar em legados todo o seu patrimônio. Com efeito, nela se lia: *seja lei tudo aquilo que for legado sobre os próprios bens.* Cuidou-se, por isso, de restringir tal liberdade excessiva no interesse dos próprios testadores, pois estes morriam muitas vezes intestados, sem ter feito testamento, por se recusarem os herdeiros inscritos a adir a herança, quando não viam, na adição, nenhuma ou insignificante vantagem. Foram promulgadas a respeito as leis Fúria e Vocônia, nenhuma das quais atingiu completamente o alvo visado, e, finalmente, a lei Falcídia, que proíbe legar mais de três quartos da herança, isto é, ordena que fique sempre a quarta parte para os herdeiros instituídos, quer seja um só, quer sejam muitos.

§ 1.º – Discutiu-se se, instituídos dois herdeiros, por exemplo, Tício e Seio, e o quinhão de Tício totalmente dilapidado, ou excessivamente onerado por legados, ao passo que, no quinhão de Seio, não houve legados, ou somente houve legados até a metade do seu quinhão, de modo que Seio recebeu a quarta parte de toda a herança ou mais, Tício poderá reter, ou não, uma parte dos legados deixados na sua parte.

Foi também decidido que ele pode reter a quarta parte do seu quinhão, porque o cálculo da lei Falcídia se aplica, em separado, a cada herdeiro.

Scanned with CamScanner

§ 2.º – O patrimônio sobre o qual se deve fazer o cálculo fixado pela lei Falcídia é o existente ao tempo da morte. Assim, se o testador, que tinha o patrimônio de cem moedas, legou essas moedas, não aproveita aos legatários o fato de, antes da adição da herança, em virtude das aquisições dos escravos, ou pelos partos das escravas, ou pelas crias dos rebanhos, ter ela aumentado tanto que, distribuídas as cem moedas como legado, tenha o herdeiro a receber ainda a quarta parte da herança, mas, deve-se, apesar disso, deduzir um quarto dos legados. Inversamente, se o testador tiver legado setenta e cinco moedas, e antes da adição da herança diminuírem seus bens por incêndio casual, naufrágio, ou por morte dos escravos, de modo a ficarem reduzidos a setenta e cinco moedas, ou menos, os legados são sempre devidos integralmente. Nem esse fato prejudica o herdeiro, porque pode ele deixar de adir a herança, causa que obriga os legatários a transigir com ele, a fim de evitar o abandono do testamento que lhes faria perder tudo.

§ 3.º – Para o cálculo a que se refere a lei Falcídia deduzem-se primeiro as dívidas, as despesas dos funerais e o preço dos escravos manumitidos e do que restar se subtrai a quarta parte para os herdeiros, e as outras três se distribuem aos legatários na proporção dos valores legados a cada um.

Suponhamos que a alguém foram legadas quatrocentas moedas e que o patrimônio do qual foram elas deduzidas era também de quatrocentas moedas. Nesse caso, urge deduzir de cada legatário uma quarta parte. Se imaginarmos que foram legadas trezentas e cinqüenta, é preciso deduzir do total a oitava parte de cada legatário. Quando foram legadas quinhentas, é preciso deduzir, primeiro, um quinto e, depois, um quarto, porque se deve deduzir antes de tudo o que excede ao valor dos bens, e, em seguida, a parcela de bens que deve caber ao herdeiro.

Scanned with CamScanner

Título XXIII

DAS HERANÇAS FIDEICOMISSÁRIAS

(*De fideicommissariis hereditatibus*)

Passemos agora aos fideicomissos, tratando primeiro das heranças fideicomissárias.

§ 1.º – Nos primeiros tempos, os fideicomissos nenhum valor tinham, porque ninguém era obrigado a fazer o que neles se lhe pedia. Quando o testador queria deixar a herança, ou legado, a pessoa incapaz de recebê-los confiava-os à fé das pessoas capazes, sendo tais disposições chamadas de *fideicomissos*, precisamente porque não se baseavam em nenhum laço jurídico, mas somente na fé daqueles a quem se pedia. Mais tarde, o divino Augusto, por duas vezes, mandou que os cônsules fizessem valer sua autoridade, por considerações pessoais, ou porque se dizia que o testador havia jurado restituir o recebido, jurando pela vida do Imperador, ou por causa da extraordinária perfídia de certos indivíduos. Como essa medida pareceu justa, sendo de acordo com a opinião pública, converteu-se pouco a pouco a intervenção em jurisdição permanente, favor esse dispensado aos fideicomissos, criando-se para eles um pretor especial, que teve o nome de pretor fideicomissário.

§ 2.º – A primeira regra que se deve observar é a de instituir, no testamento, um herdeiro direto, ao qual se confia o encargo de restituir a herança a um terceiro; do contrário, o testamento será nulo por falta de herdeiro instituído. Quando, pois, o testador escreve *Lúcio Tício será meu herdeiro*, poderá acrescentar, *rogo-te, Lúcio Tício, que, logo que possas adir a minha herança, a entregues e a restituas a Caio Seio*. O testador

Scanned with CamScanner

pode também pedir ao herdeiro que restitua somente uma parte da herança, podendo deixar o fideicomisso com ou sem condição, desde determinado dia.

§ 3.º – Restituída a herança, quem a restitui continua, não obstante, a ter a condição de herdeiro, mas aquele que a recebe era, entretanto, considerado ora herdeiro, ora legatário.

§ 4.º – No tempo de Nero, sob o consulado de Trebélio Máximo e Aneu Sêneca, promulgou-se um senatusconsulto, que dispunha que, restituída a herança fideicomissária, todas as ações, que segundo o direito civil competissem ao herdeiro ou contra ele, competiriam também contra e a favor do fideicomissário a quem a herança fora restituída. Depois deste senatusconsulto, o pretor concedeu ações úteis ao fideicomissário pró e contra ele, como se fosse herdeiro.

§ 5.º – Como, porém, na maior parte das vezes se pedia aos herdeiros inscritos que restituíssem toda ou quase toda a herança, recusavam-se adi-la em vista da nenhuma ou diminuta vantagem, e, assim, caducavam os fideicomissos. Por isso, no reinado de Vespasiano Augusto, sendo cônsules Pégaso e Pusião, resolveu o Senado que a pessoa solicitada para restituir herança pudesse reter-lhe a quarta parte, do mesmo modo que pode reter a quarta parte dos legados pela lei Falcídia. O mesmo direito de retenção permitiu-se a respeito das coisas singulares, deixadas em fideicomisso. Depois deste senatusconsulto, o herdeiro inscrito suportava os encargos da herança, e o fideicomissário ficava como legatário parcial. Dava-se o nome de legatário parcial àquele a quem se legava parte dos bens, e esta espécie de legado se chamava *partição, partitio*, porque o legatário partilhava a herança com o herdeiro. Por isso, as estipulações usadas entre o herdeiro e o legatário parcial eram utilizadas também entre o herdeiro e o fideicomissário que recebia a herança, isto é, pactuavam dividir proporcionalmente entre si as vantagens e os ônus da herança.

§ 6.º – Assim, quando a restituição confiada ao herdeiro instituído não excedia a três quartas partes da herança, era esta restituída em virtude do senatusconsulto Trebeliano, e se concediam ações hereditárias contra cada um na proporção de sua parte, a saber, contra o herdeiro, pelo direito civil, e contra o fideicomissário, pelo senatusconsulto Trebeliano, como se fosse herdeiro. Se, porém, o fideicomisso abrangesse a totalidade da herança, ou mais de três quartas partes dela, vigorava o senatus-

Scanned with CamScanner

consulto Pegasiano, e o herdeiro, uma vez feita a adição, voluntariamente, quer tivesse renunciado, quer tivesse retido a quarta parte, suportava pessoalmente todos os encargos hereditários. A retenção da quarta parte originava as estipulações de partes e porções respectivas (*partis et pro parte*), como entre o legatário parcial e o herdeiro. A restituição total da herança gerava as estipulações de herança vendida e comprada (*venditae et emptae hereditatis*). Se o herdeiro inscrito se recusasse a adir a herança, alegando suspeitar que ela lhe fosse onerosa, o senatusconsulto Pegasiano dispunha que, a requerimento do fideicomissário, o herdeiro fizesse adição por ordem do pretor, restituindo a herança, competindo a favor e contra o fideicomissário ações, como no caso do senatusconsulto Trebeliano.

Neste caso, não há necessidade de estipulação alguma, porque, pelas disposições de um e outro senatusconsulto, fica simultaneamente garantido quem deve restituir a herança, e se transferem as ações hereditárias a favor e contra quem a recebe.

§ 7.º – As estipulações fixadas pelo senatusconsulto Pegasiano já haviam desgostado os antigos e, por isso, o genial Papiniano as denominava de capciosas, em alguns casos.

Quanto a nós, preferimos a clareza à obscuridade das leis e, por isso, tendo considerado todas as semelhanças e diferenças entre os dois senatusconsultos, resolvemos abolir o senatusconsulto Pegasiano, que é mais recente, para conferir autoridade ao senatusconsulto Trebeliano, a fim de que este regule a restituição das heranças fideicomissárias, sem distinguir se o testador deixou ao herdeiro a quarta parte, mais, menos ou nada. Por conseguinte, se não restar ao herdeiro coisa alguma, ou menos do que a quarta parte, poderá ele, por nossa autoridade, reter a quarta parte, ou o que faltar para completá-la, e, mesmo, poderá reaver o que havia pago em excesso, podendo ser propostas ações, como no caso do senatusconsulto Trebeliano, tanto contra o herdeiro, como contra o fideicomissário, na proporção de suas partes. Se, porém, o herdeiro restituir espontaneamente toda a herança, as ações hereditárias caberão ao fideicomissário e contra ele. Transferimos para o senatusconsulto Trebeliano a principal disposição do senatusconsulto Pegasiano, segundo a qual, recusando-se o herdeiro a adir a herança, pode ser ele obrigado a restituí-la no seu todo ao fideicomissário, a seu pedido, transmitindo-se ao fideicomissário todas as ações ativas e passivas concernentes. Somente por este

Scanned with CamScanner

senatusconsulto o herdeiro é obrigado, quando recalcitrante, a adir a herança cuja restituição o fideicomissário pretende, ficando o herdeiro sem nenhuma desvantagem ou vantagem.

§ 8.º – Não importa que o herdeiro tenha sido instituído na totalidade da herança e solicitado a restituí-la total ou parcialmente, ou que tenha sido instituído numa parte e solicitado a restituir essa parte total ou parcialmente, pois, neste último caso, se observa o que dissemos sobre a restituição de toda a herança.

§ 9.º – Se o herdeiro foi solicitado a restituir toda a herança, subtraindo ou tirando, antes, uma coisa equivalente à sua quarta parte, como um terreno, ou outra coisa, fazer-se-á a restituição de acordo com o senatusconsulto Trebeliano, como se tivesse sido solicitado a restituir a herança, reservando para si a quarta parte, mas com uma diferença: no primeiro caso, isto é, quando o herdeiro é autorizado a deduzir ou a subtrair coisa, ou quantia determinada, todas as ações passam ao fideicomissário e contra ele, em razão do senatusconsulto, adquirindo o herdeiro a coisa, liberada de qualquer ônus como se legatário fosse. No segundo caso, ao contrário, isto é, quando o herdeiro é instado a restituir a herança, retendo a quarta parte, que lhe cabe, as ações se dividem, passando ele a fideicomissário, na proporção de três quartos, e ao herdeiro na de uma quarta parte. Mais ainda: embora a coisa, que o herdeiro está autorizado a deduzir ou a retirar, forme a maior parte da herança, todas as ações hereditárias se transmitem ao fideicomissário e contra ele, devendo este fideicomissário decidir se deve ou não aceitar a restituição. O mesmo ocorre quando o herdeiro é solicitado a restituir a herança, deduzindo, ou tirando, do monte, diferentes coisas, ou a quarta parte delas, ou outra maior da herança, verificando-se o mesmo, quando o herdeiro foi instituído somente em parte.

§ 10 – Alguém pode também, em caso de morte sem testamento, pedir àquele a quem caberão os bens, segundo o direito civil ou pretoriano, que restitua, a terceiro, total ou parcialmente, a herança, ou determinada coisa, como terreno, escravo, quantia em dinheiro, apesar de não valerem os legados sem testamento.

§ 11 – Pode solicitar-se também ao fideicomissário que, por sua vez, restitua a outrem o que lhe foi restituído, no todo ou em parte, e até mesmo coisa diversa.

Scanned with CamScanner

§ 12 – Na origem, os fideicomissários dependiam da fidelidade dos herdeiros, originando-se desse fato, não só o nome e a natureza, como também a intervenção do divino Augusto que tornou isso obrigatório.

Tentamos excedê-lo neste ponto, quando ocorreu um fato que nos apresentou o exímio Triboniano, questor do Sacro Palácio. Fizemos, então, uma Constituição, na qual dispusemos que, se o testador confiou ao herdeiro a restituição da herança, ou de objeto determinado, sem que se possa provar a ocorrência desse fato por escrito ou por cinco testemunhas, número exigido nos fideicomissos, ou por ter sido praticado o ato sem testemunhas ou por ter sido praticado perante menos de cinco, e, se o herdeiro, solicitado pelo pai, ou por outrem, a restituir, se torna infiel, e se recusa maliciosamente à restituição, negando que tenha sido solicitado, poderá o fideicomissário deferir-lhe juramento depois de ter jurado sobre a própria boa-fé. O herdeiro fica então, nesse caso, obrigado a jurar que não foi instado pelo testador, ou, em caso de recusa, a pagar o fideicomisso universal ou particular, para que a vontade do testador, confiada à fidelidade do herdeiro, não venha a ser frustrada.

Observar-se-á a mesma regra a respeito do legatário e do fideicomissário, rogados a restituir alguma coisa. Se o encarregado de um fideicomisso o confessa depois de o ter negado, mas, ao mesmo tempo, recorre às sutilezas da lei, sem a menor dúvida deve ser obrigado a pagar.

Scanned with CamScanner

TÍTULO XXIV
DAS COISAS SINGULARES DEIXADAS EM FIDEICOMISSO
(De singulis rebus per fideicommissum relictis)

Coisas singulares podem também ser deixadas por fideicomisso, como, por exemplo, terreno, escravo, vestido, ouro, prata, dinheiro. Pode-se confiar a restituição ao herdeiro ou ao legatário, ainda que não se possa encarregar de legado o legatário.

§ 1.º – Em fideicomisso, o testador pode não somente deixar coisas próprias, como também as do herdeiro, ao legatário, ao fideicomissário ou a terceiro. Os legatários ou os fideicomissários podem ser solicitados a restituir a coisa que lhes foi deixada, ou outra diferente, seja ela própria ou alheia. Deve-se, porém, observar que ninguém seja instado a restituir mais do que recebeu, pois do fideicomisso o excedente ficará nulo. Sempre que, em fideicomisso, se deixa coisa alheia, o fideicomissário deve comprá-la e entregá-la, ou pagar-lhe o valor.

§ 2.º – Também é possível manumitir escravos por fideicomisso, rogando-lhe a manumissão ao herdeiro, legatário ou fideicomissário. Não tem importância que o escravo pertença ao testador, a herdeiro, a legatário ou a estranho. Se pertencer a estranho, deve ser comprado e manumitido. Se seu dono não quiser vendê-lo, como no caso de não ter recebido coisa alguma da herança do testador, a liberdade fideicomissária não se extingue imediatamente, mas fica adiada, porque, com o tempo, pode surgir a ocasião de ser comprado e manumitido. Escravo manumitido, em decorrência de fideicomisso, torna-se liberto, não do testador, mas do manumissor. Ao contrário, o escravo manumitido diretamente pelo

Scanned with CamScanner

testador torna-se seu liberto e recebe o nome de *escravo orcino.* Pode ser manumitido diretamente por testamento somente o escravo que se achava em poder do testador por ocasião da feitura do testamento e da morte. Diz-se que a liberdade é dada diretamente quando o testador não encarrega ninguém de manumitir o escravo, mas quer que o escravo fique livre em razão do próprio testamento.

§ 3.º – As palavras mais usadas, nos fideicomissos, são: *solicito, peço, quero, mando, encarrego a tua fidelidade,* e cada uma dessas palavras vale, de per si, como se estivessem as demais.

Scanned with CamScanner

TÍTULO XXV

DOS CODICILOS

(De codicillis)

Antes da época de Augusto não havia codicilo. Foi Lúcio Lêntulo, o mesmo que introduziu os fideicomissos, quem primeiro colocou em prática este instituto. Realmente, essa pessoa, estando agonizante na África, escreveu codicilos, confirmados por testamento, nos quais solicitou em forma de fideicomisso a Augusto que cumprisse o que solicitava.

Augusto atendeu a esse pedido, e, em seguida outros, a seu exemplo, cumpriram também os fideicomissos, e a filha de Lêntulo pagou legados que, por direito, não devia.

Dizem que Augusto convocou homens ilustres, entre os quais Trebácio, que gozava, então, de grande prestígio, e lhe perguntou se se poderia fazer tal inovação, e se os codicilos não se achavam em desarmonia com os princípios do direito. Trebácio deu sua opinião no caso e as declarou a Augusto, afirmando que os codicilos eram necessários aos cidadãos, em decorrência das longas e demoradas viagens que então se faziam, durante as quais, não podendo os viajantes fazer testamento, deveriam fazer codicilos. Mais tarde, como o próprio Labeão fizesse codicilos, nunca mais se duvidou que fossem perfeitamente admissíveis em direito.

§ 1.º É possível fazer codicilo, por parte de quem tenha feito testamento, e também deixar fideicomissos em codicilo, sem ter sido feito testamento. Conforme Papiniano, os codicilos feitos antes do testamento somente valiam quando confirmados, mais tarde, por disposição especial. Os imperadores Severo e Antonino decidiram, por um rescrito,

Scanned with CamScanner

que se pode pedir fideicomisso em decorrência de codicilo anterior ao testamento, provando que o testador não se afastara da primeira vontade manifestada.

§ 2.º – Não se pode, por codicilo, dar nem tirar herança, e, portanto, não se pode deserdar, o que equivaleria a confundir testamento com codicilo. Não se pode dar ou tirar herança diretamente por codicilo, mas pode ela ser deixada, validamente, em forma de fideicomisso. No codicilo, também não se pode impor condição ao herdeiro instituído, nem lhe dar substituto diretamente.

§ 3.º – É possível a elaboração de muitos codicilos, não se exigindo, para essa elaboração, nenhuma solenidade.

LIVRO TERCEIRO

Scanned with CamScanner

Título I

DAS HERANÇAS DEFERIDAS ABINTESTADO

(*De hereditatibus quae ab intestato deferuntur*)

Morre intestado quem não fez testamento, quem o fez ilegalmente, ou quem fez testamento, tornado depois roto, írrito ou sem herdeiro.

§ 1.º – Pela Lei das XII Tábuas, a herança dos intestados pertence em primeiro lugar aos herdeiros seus.

§ 2.º – São herdeiros seus, como já dissemos, os que, por ocasião da morte do testador, estavam sob seu pátrio poder, como o filho, a filha, o neto ou a neta, filhos do filho, bisneto ou bisneta, filhos do neto, filho do filho, quer tais descendentes o sejam por natureza, quer por adoção. Entre eles devem incluir-se também os que, não tendo nascido de casamento legítimo, mas tendo sido oferecidos às cúrias das cidades, na forma prescrita pelas Constituições Imperiais, adquiriram os direitos de herdeiros seus. Devem também ser incluídos os compreendidos nas Constituições em que ordenamos que, se alguém, sem *affectio maritalis*, coabitar com uma mulher, com quem poderia casar-se, e dela houver filhos, e, se mais tarde, sobrevier a afeição marital, celebrar com ela as cerimônias nupciais, e tiver mais outros filhos ou filhas, fiquem legítimos, e sob o pátrio poder, não somente os nascidos depois da Constituição do dote, mas também os anteriores, que permitiram que aqueles nascessem legítimos. O mesmo ordenamos que se observe ainda quando não haja filhos depois da elaboração do instrumento dotal, ou quando os filhos tenham morrido.

Todavia, os netos ou netas, bisnetos ou bisnetas somente se incluem entre os herdeiros seus, quando a pessoa que os precede deixou de estar

Scanned with CamScanner

sob o pátrio poder do ascendente, ou por morte, ou por qualquer outra causa, como, por exemplo, por emancipação, porque se, por ocasião da morte de um cidadão, o filho se acha ainda sob seu pátrio poder, o neto, filho do filho, não pode ser herdeiro seu, e, do mesmo modo, os demais descendentes. Os póstumos que, se houvessem nascido em vida do ascendente, teriam estado sob o pátrio poder dele, são também herdeiros seus.

§ 3.º – Os herdeiros seus tornam-se tais, mesmo sem o saberem, e mesmo que sejam loucos, porque os loucos podem adquirir pelas mesmas causas pelas quais adquirimos sem o sabermos, e há como que uma continuação do domínio, logo que o ascendente morre. Donde se conclui que o pupilo não precisa de autorização do tutor, nem o louco da autorização do curador para a aquisição de herança, que se realiza ainda que não o saibam, e de pleno direito.

§ 4.º – Às vezes, descendente que não se achava sob o pátrio poder de ascendente, no momento da morte deste, torna-se herdeiro seu, como, por exemplo, quando cai sob o poder do inimigo depois da morte do pai, porque é esse o efeito do direito de postliminio.

§ 5.º – E, reciprocamente, descendente que se acha na família do *de cujus* na época da morte deste pode não ser herdeiro seu, como, por exemplo, se, depois de morto, o pai for julgado réu de alta traição, e, por isso, condenada a sua memória. Não pode, neste caso, ter herdeiro seu, porque seu sucessor é o Fisco, ou melhor, teve por direito um herdeiro seu, que abandonou essa condição.

§ 6.º – Havendo filho, filha, neto ou neta, filhos de outro filho, são chamados igualmente à herança do avô, e o herdeiro de grau mais próximo não exclui o de mais remoto. É justo que netos e netas sucedam no lugar do pai. Por esse mesmo motivo, havendo neto ou neta, filhos de um filho, e bisneto ou bisneta, filhos de um neto, são chamados conjuntamente, desde que se admitiu sucederem os netos, netas, bisnetos e bisnetas em lugar dos pais, se julgou conveniente dividir a herança, não por cabeça, mas por estirpe, de modo que um filho tenha a metade da herança, e os outros dois ou mais netos, filhos do outro filho, tenham a outra metade.

Assim também, se dois filhos deixaram, o primeiro, por exemplo, um ou dois filhos, e o segundo, três ou quatro, o único filho, ou os dois

Scanned with CamScanner

filhos do primeiro, terão a primeira metade, e os três ou quatro filhos do segundo terão a segunda metade.

§ 7.º – Para saber se alguém pode ser herdeiro-seu, cumpre indagar o tempo exato em que se teve a certeza do falecimento de seu ascendente, sem testamento, ou com testamento que foi abandonado. Portanto, se deserdado o filho e instituído herdeiro um estranho, morrer o filho, e se verificar depois que o instituído, ou porque não quis, ou porque não pôde, não se tornou herdeiro pelo testamento, o neto ficará herdeiro-seu do avô, pois é o único herdeiro por ocasião da morte intestada, situação que não oferece dúvida.

§ 8.º – O neto concebido durante a vida do avô, ainda que nascido depois de sua morte, pela morte do pai e pelo abandono posterior do testamento do avô, se torna herdeiro-seu do avô. É evidente que, se foi concebido depois da morte do avô, a morte do pai e o abandono posterior do testamento não o tornam herdeiro seu, porque nunca teve laço de parentesco com o pai de seu pai.

Pela mesma razão, não se conta entre os descendentes do avô o filho adotivo do filho emancipado. Esses descendentes, porque não se incluem como tais, em relação à herança, não podem também reivindicar a posse dos bens como cognatos mais próximos. Isto quanto aos herdeiros seus.

§ 9.º – Os descendentes emancipados não têm nenhum direito pela lei civil, pois nem são herdeiros seus, porque deixaram de estar sob o pátrio poder do ascendente, nem a Lei das XII Tábuas os chama por algum outro título, mas, o pretor, inspirado na justiça natural, lhes dá a posse dos bens como a descendentes (*unde liberi*), como se estivessem sob o pátrio poder do testador, na época da morte deste, quer sejam sós, quer concorram com herdeiros seus.

Assim, ao morrer, tendo o ascendente dois descendentes um emancipado e outro não, este é sem dúvida o herdeiro único pelo direito civil, isto é, o único herdeiro seu. Como, porém, o emancipado é admitido a uma parte da herança, pela boa vontade do pretor, o herdeiro seu se torna herdeiro de uma parte.

§ 10 – Os emancipados pelo ascendente, dados em adoção, não são admitidos à herança do pai por natureza como descendentes, se, ao tem-

Scanned with CamScanner

po da morte deste, estavam ainda na família adotiva. Mas se o pai adotivo os emancipa, em vida do pai por natureza, são admitidos aos bens deste último, como se depois da emancipação não tivessem passado para a família adotiva. Por conseguinte, em relação ao pai adotivo, se tornam estranhos a partir desse momento. Se foram emancipados pelo pai adotivo, depois da morte do pai por natureza, ficam estranhos relativamente ao pai adotivo desde a emancipação, mas não adquirem direito algum a concorrer à herança do pai por natureza. Estabeleceu-se esta regra porque seria iníquo que dependesse do arbítrio do *pai por adoção* determinar que os bens do *pai por natureza* passassem aos descendentes ou aos agnatos deste.

§ 11 – Os filhos adotivos têm, pois, menos direito que os filhos naturais, porque estes, em sendo emancipados, perdem, pelo direito civil, a qualidade de descendentes, mas a conservam pelo benefício do pretor, ao passo que os adotivos emancipados não só perdem aquela qualidade pelo direito civil, mas também o socorro do pretor, e com razão. Com efeito, a lei civil não pode destruir os direitos naturais, e esses descendentes não deixam de ser filhos ou filhas, netos ou netas pelo fato de deixarem de ser herdeiros seus. Quanto aos filhos adotivos, assim que emancipados, se tornam estranhos, porque perdem o nome e o direito de filhos ou filhas, que adquiriram por adoção, em virtude de uma outra instituição civil, a saber, a emancipação.

§ 12 – As mesmas regras se observam relativamente à posse dos bens que o pretor promete contra a letra do testamento (*contra tabulas*) do ascendente aos descendentes preteridos, isto é, não instituídos, nem deserdados regularmente. Com efeito, o pretor chama a essa posse dos bens não só os que se achavam sob o poder do ascendente no dia de sua morte, como também os emancipados, mas exclui os que a esse tempo se achavam na família adotiva.

Da mesma maneira, os filhos emancipados pelo pai adotivo ficam excluídos porque não são chamados abintestado aos bens deste; por maior razão, não se admitem à posse contra a letra do testamento (*contra tabulas*), porque deixaram de ser descendentes.

§ 13 – Cumpre, contudo, advertir que aqueles que estão na família adotiva, ou são emancipados depois de morto o pai natural, ou então, morrendo este intestado, não serão admitidos à posse dos bens pela dis-

Scanned with CamScanner

posição do edito que a ela chama os descendentes; são todavia chamados pela outra disposição que chama os cognatos do defunto. Esta última os admite quando não há nem herdeiros seus, nem emancipados, nem agnatos, pois o pretor chama primeiro os descendentes herdeiros seus ou emancipados, depois os herdeiros legítimos, depois os agnatos mais próximos.

§ 14 – Tal era o direito antigo ao qual trouxemos várias modificações pela nossa Constituição sobre os filhos dados em adoção pelo pai por natureza. Na verdade, encontramos casos em que o filho perdia o direito de suceder a seu pai por natureza em virtude da adoção, e, pela extinção desta, tão fácil por meio da emancipação, não sucedia nem ao pai por natureza nem ao adotivo. Corrigindo este ponto, como de costume, determinamos em uma Constituição que, quando o pai por natureza der o filho em adoção a outrem, se conservem intactos todos os direitos do filho, como se continuasse sob o poder do pai por natureza, salvo somente o caso de suceder abintestado ao pai adotivo. Mas, se o pai adotivo fez testamento, o filho adotivo nada poderá pretender da herança, nem por direito civil, nem por direito pretoriano, nem pela posse dos bens contra a letra do testamento (*contra tabulas*), nem pela querela de inoficiosidade, porque o pai adotivo não tem obrigação de instituir ou de deserdar a quem lhe não está ligado por laço algum natural, e isso mesmo quando se tratar de um filho adotado dentre três varões na forma do senatusconsulto Afiniano. Mesmo neste último caso, o filho adotivo não tem direito à quarta parte da herança, nem ação alguma para a haver. Nossa Constituição excetuou, entretanto, o adotado por um ascendente por natureza, pois, concorrendo na sua pessoa o vínculo natural e o civil, conservamos a essa adoção os seus antigos efeitos, como os conservamos também à adrogação de um pai de família, o que tudo melhor se pode ver, e, mais minuciosamente, do texto de nossa Constituição.

§ 15 – Os antigos, por favorecerem de preferência a linha masculina, somente chamavam à sucessão dos ascendentes os netos ou netas em linha masculina, antepondo-os aos agnatos. Os netos, nascidos de uma filha, e os bisnetos, nascidos de uma neta, incluíam-se entre os cognatos, e somente eram chamados à sucessão do avô ou bisavô materno, ou da avó ou bisavó paterna ou materna, em seguida aos agnatos. Não quiseram os Imperadores que ficasse sem o devido corretivo tamanha violação do direito natural, e, como o nome de neto ou bisneto se aplica do mesmo modo aos descendentes em linha masculina e feminina, deram a

Scanned with CamScanner

uns e outros o mesmo grau e ordem na sucessão. Mas, para que tivessem alguma vantagem os que se apóiam tanto na natureza como no direito antigo, julgaram dever ser um pouco menor o quinhão de netos ou bisnetos, e outros descendentes em linha feminina, de modo a receberem um terço menos do que receberia sua mãe ou avó, ou seu pai ou avô paterno ou materno, quando se tratar da sucessão de uma mulher. E quando não havia outros descendentes, bastava-lhes fazer adição para excluir os agnatos. E, assim como a Lei das XII Tábuas chama os netos ou netas, bisnetos ou bisnetas, de um filho morto à sucessão do avô, em lugar do pai, assim a Constituição Imperial também os chama, mediante a dedução de terço referido, a ocupar o lugar de sua mãe ou avó.

§ 16 – Rejeitamos essa Constituição, e não permitimos que passasse do Código Teodosiano para o nosso, porque se levantavam dúvidas entre os agnatos e os descendentes acima referidos, pretendendo os agnatos ter direito à quarta parte da herança em virtude da mesma Constituição Imperial. Por uma nossa Constituição, derrogamos todo esse direito, e ordenamos que, existindo netos ou bisnetos, nascidos da filha ou da neta, e assim por diante, os agnatos não poderão concorrer à sucessão, não devendo os colaterais ser preferidos aos descendentes em linha reta. E ordenamos de novo que a nossa Constituição referida se cumpra segundo seu teor desde sua data. Todavia, como no caso de concorrer um filho com os filhos de outro filho, a herança se dividia não por cabeças, mas por estirpes, queremos que do mesmo modo se divida, quer entre um filho e os filhos de uma filha, quer entre vários descendentes do mesmo grão, como os netos, as netas e outros. Assim os descendentes de ambos os lados receberão, sem dedução alguma, o quinhão integral de seu pai ou mãe, avô ou avó, e se, por exemplo, houver de um lado um ou dois descendentes, e três ou quatro de outro, aquele ou aqueles receberão uma metade da herança, e os outros, três ou quatro, a outra metade da herança.

Scanned with CamScanner

Título II
DA SUCESSÃO LEGÍTIMA DOS AGNATOS
(*De legitima adgnatorum successione*)

Se não houver herdeiro seu, ou nenhum dos que, com os herdeiros seus, são chamados pelo pretor ou pelas Constituições, que de qualquer modo suceda, a herança pertence ao agnato mais próximo segundo a Lei das XII Tábuas.

§ 1.º – Agnatos são, como já no primeiro livro dissemos, os parentes pela linha masculina, isto é, os cognatos ou parentes pelo pai. Assim, os filhos do mesmo pai, ainda que não tenham a mesma mãe, são agnatos, e chamam-se também consangüíneos. Do mesmo modo o tio paterno e o sobrinho, filho de seu irmão, são agnatos um do outro, como o são também os irmãos *patrueles*, isto é, os filhos nascidos de dois irmãos, que se chamam primos-irmãos, e assim em seguida quanto aos graus mais afastados na agnação. São igualmente consangüíneos os filhos nascidos depois da morte do pai. A lei não dá herança a todos os agnatos conjuntamente, mas aos mais próximos em grau, no momento em que se verifica que o *de cujus* morreu intestado.

§ 2.º – A adoção estabelece também o direito de agnação, como, por exemplo, entre os filhos por natureza e os que o pai adotou, os quais são chamados impropriamente consangüíneos. Também se um dos teus agnatos, por exemplo, teu irmão, é teu tio paterno, ou outro em grau mais afastado, adotar alguém, este último entra indubitavelmente no número dos teus agnatos.

Scanned with CamScanner

§ 3.º – Entre os varões, a agnação, até no grau mais afastado, dá direito recíproco à herança. Quanto às mulheres, entendia-se que herdassem, pelo direito de consangüinidade, só as irmãs, e não as de grau mais remoto, ao passo que os varões, mesmo os de grau mais remoto, eram admitidos a herdarem delas. Assim, tu sucederias à filha de teu irmão, ou de teu tio paterno, ou de tua tia paterna, porém, elas não te sucederiam. Tinha-se introduzido essa regra por parecer mais vantajoso que a maior parte das heranças coubesse aos varões. Mas, como era injusto que todas as mulheres fossem excluídas, o pretor as admite à posse dos bens que, pelo seu edito, promete por ordem de proximidade, quando não existir agnato ou cognato algum mais próximo em grau. Aliás, a Lei das XII Tábuas não introduziu nenhuma destas distinções, mas adotando a simplicidade que convém às leis, chamava indistintamente à sucessão uns dos outros, à semelhança dos herdeiros seus, todos os agnatos, varões e mulheres, em qualquer grau. Foi a jurisprudência intermédia, posterior à Lei das XII Tábuas e anterior às Constituições Imperiais, que, por mera sutileza, fazendo prevalecer a distinção referida, negou inteiramente às mulheres a sucessão dos agnatos, pois não se conhecia, naquele tempo, outra espécie de sucessão. Mais tarde, os pretores, corrigindo pouco a pouco o rigor do direito civil, ou suprindo suas lacunas, por magnanimidade acrescentaram aos editos uma nova ordem de sucessão. Admitida a linha dos cognatos, segundo o grau de proximidade, vieram em socorro das mulheres pela posse dos bens, e lhes prometeram a posse chamada dos cognatos (*unde cognati*). Nós, voltando à Lei das XII Tábuas e restaurando nesse ponto as suas disposições, ainda que louvemos aos pretores sua magnanimidade, julgamos que não trouxeram remédio completo ao mal.

E, com efeito, desde que os parentes foram colocados pela natureza no mesmo grau, e o nome de agnatos se aplica aos homens e às mulheres, por que conceder aos varões o direito de concorrer à sucessão de todos os agnatos e ao mesmo tempo recusar esse direito às mulheres, com exceção somente da irmã? Foi por isso que, restabelecendo os direitos em toda a sua plenitude, e adotando as disposições da Lei das XII Tábuas, ordenamos em nossa Constituição que, guardada a precedência do respectivo grau, sejam igualmente chamados à sucessão legítima abintestada todos os herdeiros legítimos, isto é, os varões e mulheres descendentes pelo sexo masculino, sem excluir as mulheres que não têm, como a irmã germana, direito de consangüinidade.

Scanned with CamScanner

§ 4.º – Julgamos dever acrescentar, em nossa Constituição, que os cognatos de um só e único grau se incluirão no número dos herdeiros legítimos, isto é, que o filho ou a filha de um irmão serão chamados, como dissemos, à sucessão de seu tio paterno, conjuntamente com o filho e a filha da irmã germana, consangüínea, ou uterina, e estes, por um privilégio de que não gozam os outros cognatos, sucederão a seu tio materno.

Assim, morrendo aquele que, para os filhos de seu irmão, é tio paterno, e para os filhos de sua irmã é tio materno, os dois ramos sucederão igualmente, como se todos descendessem da linha masculina, sendo herdeiros legítimos, bem entendido, se não houver irmão ou irmã vivos. Quando há irmãos ou irmãs que aceitam a herança, os parentes de outros graus ficam dela excluídos, a qual se divide por cabeça e não por estirpe.

§ 5.º – Dentre diversos graus de agnatos, a Lei das XII Tábuas chama expressamente o mais próximo. Assim, por exemplo, havendo um irmão do *de cujus* e um filho de outro irmão, ou um tio paterno, o irmão é preferido. Embora a lei use o singular, preferindo o grau mais próximo, não há dúvida de que, existindo muitos herdeiros no mesmo grau, todos devem ser admitidos. Quem diz *mais próximo* supõe, na verdade, vários graus, e, não obstante, se os agnatos se acharem, todos, no mesmo grau, a herança lhes pertence, sem dúvida.

§ 6.º – A proximidade, quando o *de cujus* não deixou testamento, se regula pelo tempo da sua morte. Se fez testamento, a proximidade se regula pela época em que se adquire a certeza de que não haverá herdeiro testamentário, porque é então, de rigor, que se verifica que o *de cujus* morreu intestado. Muitas vezes a referida verificação só se faz depois de longo tempo da data da morte, e, nesse intervalo, ocorre que, vindo a falecer o mais próximo em grau, vem a tornar-se mais próximo quem não o era por ocasião da morte do testador.

§ 7.º – Não se admitia devolução alguma nesse tipo de herança, e, assim, se o mais próximo em grau chamado, como dissemos, à herança a repudiava ou morria sem a haver adido, o direito civil não admitia os seguintes em grau. Os pretores introduziram ainda uma reforma nesse particular, reforma essa que, sem ser completa, não deixava, entretanto, o mal totalmente sem remédio: chamavam na ordem dos cognatos os que não podiam concorrer à herança como agnatos. Desejando que a lei fosse tão completa quanto possível, na Constituição, que um sentimento de

Scanned with CamScanner

humanidade nos inspirou, sobre o patronato, estabelecemos que ocorresse a devolução na herança dos agnatos.

Era absurdo que o direito concedido pelo pretor aos cognatos fosse negado aos agnatos, principalmente quando, no ônus da tutela, na falta de grau mais próximo, se passa ao seguinte, de modo que não se admitiria, em relação às vantagens, o que vigorava em relação aos ônus.

§ 8.º – O ascendente que emancipa, sob reserva de fidúcia, um filho ou filha, neto ou neta, ou outro descendente, é, apesar disso, chamado à sucessão legítima.

Pela nossa Constituição, emancipação dos descendentes sempre se entende feita sob fidúcia, mas, entre os antigos, o ascendente somente podia gozar da fidúcia quando a havia reservado expressamente.

Scanned with CamScanner

TÍTULO III

DO SENATUSCONSULTO TERTULIANO

(*De senatusconsulto Tertulliano*)

Era de tal modo rigorosa a Lei das XII Tábuas, e de tal modo preferia a descendência por linha masculina, excluindo os parentes pela linha feminina, que não concedia, mesmo entre mãe e filho, ou filha, o direito de concorrer à sucessão um do outro. Tais pessoas somente eram chamadas à sucessão como cognatos mais próximos, dando-se-lhes a posse dos bens como cognatos (*unde cognati*).

§ 1.º – Esse rigor foi mais tarde abrandado pelo divino Cláudio, que conferiu à mãe, para a consolar da perda dos filhos, a sucessão legítima dos mesmos.

§ 2.º – Mais tarde, no tempo do divino Adriano, o senatusconsulto Tertuliano estabeleceu em geral a sucessão a favor da mãe aflita, porém, não da avó, isto é, estabeleceu que a mãe ingênua que tivesse três filhos, ou a liberta que tivesse quatro, seriam admitidas aos bens dos filhos ou filhas, mortos sem testamento, ainda mesmo que ela estivesse sob o pátrio poder. Nesse caso, a adição deveria ser feita por ordem daquele a cujo pátrio poder estivesse sujeita.

§ 3.º – São preferidos à mãe os filhos do *de cujus*, herdeiros seus, ou considerados tais, em primeiro grau, ou em outro grau qualquer. O filho, ou filha, da filha morta, é também preferido pelas Constituições à mãe da *de cujus*, isto é, à avó. O pai do defunto ou da *de cujus* é preferido à mãe, contanto que sejam, os dois, os únicos pretendentes à herança. Não ocorre o mesmo com o avô ou o bisavô. O irmão consangüíneo do *de cujus* ou

Scanned with CamScanner

da *de cujus* excluía a mãe, concorrendo esta com a irmã consangüínea. Se, porém, concorriam irmão e irmã, consangüíneos, com a mãe, com o direito de suceder em razão dos filhos, o irmão excluía, sem dúvida a mãe, mas a herança se dividia em partes iguais entre irmão e irmã.

§ 4.° – Quanto a nós, julgamos dever ser favorecida a mãe, por uma Constituição nossa que se acha no Código, atendendo ao sexo, ao parto, ao seu perigo, e, não raro, à morte que acarreta e à desumanidade de sofrerem prejuízo na ocorrência de um caso fortuito. Na verdade, a ingênua, por não ter tido três partos, ou a liberta, quatro, ficava injustamente privada de suceder aos seus filhos. Que culpa lhes caberia de terem tido poucos filhos em vez de muitos? Por isso, concedemos à mãe ingênua ou liberta o direito de sucessão legítima em toda a sua plenitude, mesmo quando não teve três ou quatro filhos, mas somente o *de cujus*, de modo que em todos os casos seja chamada à sucessão legítima dos filhos.

§ 5.° – Antigamente, as Constituições relativas ao direito de sucessão legítima se mostravam de um lado favoráveis e de outro lado desfavoráveis à mãe. Em vez de a admitirem pela totalidade, ora lhe subtraíam um terço para ofertá-lo a certos herdeiros legítimos, ora faziam o contrário. Nós resolvemos que a mãe, pura e simplesmente, preferia a todos os herdeiros legítimos, recebendo, sem dedução alguma, a sucessão de seus filhos, a não ser que houvesse irmão ou irmã consangüíneos, ou simplesmente cognatos. Assim como preferimos a mãe a todos os demais herdeiros legítimos, também chamamos a concorrerem à herança todos os irmãos e irmãs, admitidos ou não pelo direito antigo, observadas as regras seguintes. Se o falecido ou a falecida não deixou com sua mãe senão irmãs agnatas ou cognatas, a mãe receberá a metade e as irmãs a outra metade, qualquer que seja o seu número. Se, ao contrário, sobreviverem mãe e irmão, ou somente irmãos, ou com estes também irmãs, quer agnatos, quer cognatos e morrer algum ou alguma, intestados, a herança dividir-se-á por cabeças.

§ 6.° – Por isso mesmo, então, assim como atendemos às mães, cumpre que cuidem dos filhos, sendo certo que, se não pedirem dentro de um ano tutor para os filhos, ou substituto ao tutor, removido ou excusado, serão com justiça excluídas da sucessão dos que morrerem impúberes.

§ 7.° – Pelo senatusconsulto Tertuliano a mãe pode herdar do filho ou da filha, ainda que sejam nascidos de pai incerto.

Scanned with CamScanner

TÍTULO IV

DO SENATUSCONSULTO ORFITIANO

(De senatusconsulto Orfitiano)

Ao contrário, os descendentes são admitidos à herança da mãe intestada, pelo senatusconsulto Orfitiano, sob o consulado de Ofito e Rufo, no tempo do divino Marco Aurélio. A herança legítima é concedida a seus filhos e filhas, ainda mesmo que estejam, todos, sob o pátrio poder de outrem, com exclusão dos consangüíneos e agnatos da *de cujus*.

§ 1.º – Como esse senatusconsulto não chamava os netos à sucessão legítima da avó, as Constituições Imperiais corrigiram esse ponto e chamaram os netos e netas nas mesmas condições dos filhos e das filhas.

§ 2.º – A *capitis deminutio* não extingue as sucessões deferidas pelos senatusconsultos Tertuliano e Orfitiano, de acordo com a regra segundo a qual essa diminuição de capacidade não extingue as sucessões legítimas do direito novo, mas somente as baseadas na Lei das XII Tábuas.

§ 3.º – Por este senatusconsulto os filhos ilegítimos são admitidos à herança materna.

§ 4.º – Havendo vários herdeiros legítimos, se um deles renunciar à herança, ou se se achar, por morte ou qualquer outro motivo, na impossibilidade de recebê-la, a parte que lhe cabe será dada aos que a aceitaram. Se estes já estiverem mortos, a herança passará a seus herdeiros.

Scanned with CamScanner

Título V

DA SUCESSÃO DOS COGNATOS

(*De successione cognatorum*)

O pretor chama os cognatos mais próximos de herdeiros seus, e aqueles que o pretor ou as Constituições Imperiais classificam como tais, ou seja, depois dos herdeiros legítimos, compreendendo-se entre estes os agnatos e os que os referidos senatusconsultos e a nossa Constituição alcançaram à condição de agnatos.

§ 1.º – Nesse assunto, leva-se em conta somente o parentesco natural, e, desse modo, os agnatos que sofreram a *capitis deminutio,* bem como seus descendentes, a Lei das XII Tábuas não os considera herdeiros legítimos, pelo que são chamados pelo pretor em terceiro lugar. Excetua-se o irmão ou a irmã emancipados, porém, não os filhos destes.

Uma Constituição do imperador Anastácio chama à herança legítima de seu irmão ou irmã, estes últimos junto com os irmãos que estiverem na plenitude de seus direitos, à herança legítima de seu irmão ou irmã, porém não em partes iguais, mas com certa diminuição. A mesma lei põe em primeiro lugar o irmão e a irmã emancipados, em detrimento dos agnatos mais remotos em grau, mesmo que não tenham sofrido *capitis deminutio*, e com mais forte razão, prefere estes aos cognatos.

§ 2.º – O pretor chama também à sucessão, em terceiro lugar, os colaterais pelo sexo feminino, a título de mais próximos.

§ 3.º – Os descendentes que estão em família adotiva são também chamados em terceiro lugar, à sucessão do ascendente natural.

Scanned with CamScanner

§ 4.º – Os nascidos de pai incerto não têm evidentemente nenhum agnato, porque do pai é que provém a agnação, e da mãe somente é que provém a cognação. Ora, os nascidos de pai incerto são considerados como não tendo pai. Pela mesma razão, não são consangüíneos, mesmo entre si, porque a consangüinidade é uma espécie de agnação: são cognatos entre si por serem parentes pelo lado materno. Todos eles têm, assim, a posse dos bens em razão do dispositivo do edito em que os cognatos são chamados como herdeiros mais próximos.

§ 5.º – Nesse lugar é necessário advertir que, por direito de agnação, são chamados à herança mesmo os que estão em décimo grau, tanto pela Lei das XII Tábuas como pelo edito pretoriano que dá a posse dos bens aos herdeiros legítimos. Mas, por ordem de proximidade, o pretor só promete a posse dos bens até o sexto grau de cognação ou até o sétimo, aos filhos de seu primo-irmão ou de sua prima-irmã.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título VI

DOS GRAUS DE COGNAÇÃO
(*De gradibus cognationis*)

Indispensável é expor aqui como se contam os graus de cognação. A esse respeito, já dissemos que a cognação ora é ascendente, ora é descendente, ora transversal, também chamada colateral. Cognação ascendente é a dos pais, descendente é a dos filhos. Colateral é a dos irmãos ou irmãs, e dos que deles nascem, e, assim também, a dos tios e tias paternos ou maternos. A cognação ascendente e a descendente começam pelo primeiro grau, a cognação colateral começa pelo segundo grau.

§ 1.º – No primeiro grau ascendente, acham-se o pai e a mãe; no descendente, o filho e a filha.

§ 2.º – No segundo grau ascendente, estão o avô e a avó; no grau descendente, o neto e a neta; no colateral, o irmão e a irmã.

§ 3.º – No terceiro grau, em linha ascendente estão o bisavô e a bisavó; no descendente, o bisneto e a bisneta; no colateral, o filho e a filha do irmão, ou da irmã, e, conseguintemente, o *patruus,* a *amita,* o *avunculus* e a *matertera. Patruus* é o irmão do pai, chamado, em grego, *patros* e *avunculus* é o irmão da mãe, que, entre os gregos, se chama *metros*. Em grego, o primeiro é chamado *patros,* o segundo, *metros*, e ambos, indistintamente, *theios. Amita* é a irmã do pai, *matertera* a irmã da mãe; ambas se chama indistintamente de *theia* e, segundo outros, de *thethis*.

§ 4.º – No quarto grau, em linha ascendente, estão o trisavô e a trisavó; no descendente, o trineto e a trineta; no colateral, o neto e a neta do irmão

Scanned with CamScanner

ou da irmã, o tio-avô e a tia-avó paternas, isto é, o irmão e a irmã do avô, os tios-avós maternos, isto é, o irmão e a irmã da avó, e o primo ou prima (*consobrini*), filhos de irmãos ou irmãs. Acham alguns que se chamam propriamente *consobrinos* os filhos de duas irmãs, como se dissesse *consobrini*, denominando-se *fratres patrueles* os filhos de dois irmãos, *sorores patrueles*, as filhas de dois irmãos, e *amitini* os filhos de um irmão e de uma irmã. Os filhos da tua tia paterna (*amita*) te chamam *consobrino* (primo), e tu os chamas *amitini*.

§ 5.º – No quinto grau, em linha ascendente estão o tetravô e a tetravó; no descendente, o tetraneto e a tetraneta; no colateral, o bisneto e a bisneta do irmão ou da irmã, e, portanto, os irmãos e as irmãs dos bisavôs e das bisavós. Estão no mesmo grau o filho e a filha dos primos e primas chamados *patrueles, consobrinos* e *amitinos,* aquele ou aquela que precede de um grau ao primo em segundo grau ou à prima em segundo grau, a saber, o filho ou a filha do tio-avô paterno, ou da tia-avó paterna ou materna.

§ 6.º – No sexto grau ascendente estão o quinto avô e a quinta avó; no descendente, o quinto neto e a quinta neta; no colateral, o trineto e a trineta do irmão ou da irmã e, portanto, os irmãos e as irmãs dos trisavôs e das trisavós paternos ou maternos. Assim também, os primos em segundo grau e as primas em segundo grau, isto é, os filhos dos primos ou primas *patrueles, consobrinos* ou *amitinos*.

§ 7.º – Basta termos mostrado até aqui como se contam os graus de cognação. Compreender-se-á facilmente, em razão do que deixamos dito, como se contam os graus inferiores, pois, em cada geração, é contado sempre um grau a mais, de modo que é mais fácil dizer em que grau se acha uma pessoa do que designá-lo pelo nome próprio de seu grau de cognação.

§ 8.º – Contam-se também do mesmo modo os graus de agnação.

§ 9.º – Como, porém, a verdade fixa-se, no espírito dos homens, mais pelos olhos do que pelos ouvidos, julgamos necessário, depois da explicação dos graus, apresentá-los em quadros, a fim de poderem os moços aprender perfeitamente a doutrina pelos ouvidos e pelos olhos.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

§ 10 – Certo é que a parte de edito do pretor que promete a posse dos bens aos parentes mais próximos não se aplica à cognação servil, que não era reconhecida por nenhuma das leis antigas, mas, numa Constituição que promulgamos sobre o direito de patronato, direito até os nossos tempos tão obscuro, incerto e confuso, fizemos novas concessões inspirados em motivos de humanidade. Assim, quando o escravo tiver um ou vários filhos de uma mulher, livre ou escrava, e, reciprocamente, quando a escrava tiver de um homem, escravo ou livre, filhos de um ou de outro sexo, nesses dois casos, se o pai e a mãe adquirirem liberdade, e os filhos de mãe escrava se tornarem igualmente livres, ou se os filhos de mãe livre tiverem por pai um escravo que posteriormente adquiriu liberdade, todos os filhos serão chamados à sucessão do pai ou da mãe, cessando o direito do patronato. Os mencionados filhos não sucedem somente ao pai ou à mãe, mas entre si, e, em virtude da referida Constituição, são chamados à sucessão, quer sejam escravos de nascença, que depois se manumitiram, quer alguns deles tenham sido concebidos depois da manumissão dos pais, quer tenham o mesmo pai e a mesma mãe, quer tenham apenas o mesmo pai ou mesma mãe, sucedendo do mesmo modo como se tivessem nascidos de justas núpcias.

§ 11 – Recordando as noções acima expostas, vê-se que os cognatos do mesmo grau nem sempre são chamados em pé de igualdade, e, mais ainda, nem sempre o cognato mais próximo é o preferido. Realmente, como a lei convoca em primeiro lugar os herdeiros seus e as pessoas que lhes são equiparadas, o bisneto e o trineto preferem ao irmão, ao pai e à mãe do *de cujus*, ainda que o pai e a mãe se achem no primeiro grau, o irmão no segundo, o bisneto no terceiro e o trineto no quarto. Pouco importava que estes últimos se achassem sob o poder do defunto, ou não se achassem por terem sido emancipados, ou por descenderem de um filho emancipado ou de uma filha.

§ 12 – Na falta de herdeiros seus e dos que assim são chamados, o agnato, que conservou seu direito de agnação, prefere, por mais afastado que seja, a qualquer cognato mais próximo, assim o neto ou bisneto do tio paterno prefere ao tio e à tia materna.

Como conseqüência, quando dizemos que o cognato mais próximo em grau tem preferência, em relação aos mais remotos, ou que os

Scanned with CamScanner

cognatos são chamados em pé de igualdade, isso se entende no caso de não existirem herdeiros seus, nem os que são chamados com eles, nem agnatos com direito de preferência, como dissemos.

Excetuam-se dessa regra o irmão e a irmã emancipados, chamados à sucessão de seu irmão ou irmã, os quais, ainda que tendo sofrido *capitis deminutio*, preferem aos agnatos de grau inferior.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título VII

DA SUCESSÃO DOS LIBERTOS

(*De successione libertorum*)

Tratemos agora dos bens dos libertos. Antigamente o liberto podia impunemente, no testamento, preferir o patrono, porque a Lei das XII Tábuas somente chamava este à sucessão abintestado e na falta de herdeiro seu. Quando o liberto, morrendo intestado, deixava herdeiro seu, o patrono não tinha direito algum. O patrono não tinha direito, mesmo quando o herdeiro do liberto era filho natural, mas quando o filho era adotivo seria manifestamente iníquo tirar do patrono o direito de suceder.

§ 1.º – Por este motivo, o pretor mais tarde corrigiu essa iniqüidade. O liberto, ao testar, devia deixar ao patrono metade de seus bens. Quando não deixava coisa alguma, ou menos da metade, dava-se ao patrono a posse da metade dos bens, contra a letra do testamento (*contra tabulas*). Quando o liberto, morrendo sem testamento, deixava, como herdeiro seu, um filho adotivo, o patrono obtinha ainda, contra esse herdeiro, a posse da metade dos bens. Os descendentes naturais do liberto excluíam o patrono não só quando se achavam sob o poder do *de cujus* por ocasião da morte, mas também quando haviam sido emancipados ou dados em adoção, contanto que tivessem sido instituídos em uma parte qualquer da herança ou que, preteridos, tivessem pedido a posse dos bens contra a letra do testamento. Os deserdados nunca excluíam o patrono.

§ 2.º – Mais tarde a Lei Pápia aumentou os direitos dos patronos, conforme a riqueza dos libertos. De acordo com essa lei, o patrono deveria herdar uma parte significativa dos bens do liberto, se este deixasse patrimônio de cem mil sestércios e menos de três filhos, quer morresse

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

deixando testamento, quer não deixando. Assim, quando o liberto tinha, como herdeiro único, um filho ou uma filha, o patrono deveria receber a metade, como se o *de cujus* tivesse morrido, deixando testamento e sem filho ou filha. Dois herdeiros ou herdeiras reduziam o patrono a um terço, e três herdeiros o excluíam da sucessão do liberto.

§ 3.º – Uma de nossas Constituições que, para compreensão de todos escrevemos, em grego, concisamente, estabeleceu neste caso as regras seguintes: se o liberto ou liberta forem menos que centenários, isto é, se sua fortuna não chegar a cem moedas, valor em que fixamos a quantia referida pela Lei Pápia, contando uma moeda como mil sestércios, o patrono não terá direito à sucessão, quando houver testamento. Se não fizeram testamento, e não têm filhos, conservamos o direito de patronato integralmente, tal qual o havia estabelecido a Lei das XII Tábuas. Quando o liberto, mais que centenário, tiver um ou mais herdeiros, ou possuidores de bens, de qualquer sexo ou grau, será ele chamado à sucessão de seu pai, excluído o patrono e sua prole. No caso de o liberto morrer sem descendentes e sem testamento, conferimos toda herança ao patrono ou patrona.

Se o liberto fez testamento, e deixou para trás o patrono ou a patrona, não tendo descendentes, ou deserdando os que tinha, ou, sendo mãe, ou avô materno, os preteriu, de modo que não se possa argüir de inoficioso o testamento, nesse caso, segundo nossa Constituição, e apesar do testamento, o patrono ou a patrona obtém não como outrora a posse da metade, mas apenas a terça parte dos bens do liberto.

O patrono poderá obter o que faltar para completar essa terça parte, se o liberto lhe deixou menos que a terça parte. Essa terça parte está livre de qualquer imposto, de modo que, mesmo os legados ou fideicomissos deixados aos descendentes do liberto ou da liberta não serão pagos por essa terça parte, mas serão suportados exclusivamente pelos co-herdeiros do patrono.

Reunimos, em nossa Constituição, várias outras decisões que julgamos necessárias, para completar esse instituto. Assim, o patrono e a patrona, seus descendentes e colaterais até o quinto grau, são chamados à sucessão dos libertos, como se pode ler na mesma Constituição. Se existirem descendentes de um só ou de vários patronos, ou patronas, o mais próximo será chamado à sucessão do liberto, a qual será dividida

Scanned with CamScanner

por cabeça e não por estirpe. O mesmo ocorrerá em relação aos colaterais, pois quase uniformizamos, quanto à sucessão, os direitos dos ingênuos e os dos libertos.

§ 4.º – O que deixamos exposto diz respeito aos libertos que se tornaram cidadãos romanos, pois, na verdade, não há outra espécie de libertos, por não mais existirem nem os latinos nem os peregrinos deditícios. Os latinos, aliás, não tinham sucessão legítima, porque, embora livres durante a vida, perdiam, ao exalar o último suspiro, a vida e a liberdade, e seus bens constituíam, como os dos escravos, uma espécie de pecúlio que, em virtude da Lei Júnia, cabia ao manumitente.

Mais tarde, o senatusconsulto Largiano ordenou que os descendentes do manumitente, não deserdados nomeadamente, tivessem preferência, quanto aos bens do liberto latino, aos herdeiros estranhos do patrono. Foi publicado depois um edito do divino Trajano relativo aos libertos que obtinham do príncipe o título de cidadão romano, contra a vontade ou sem o conhecimento do patrono.

Nesse caso, o liberto tornava-se cidadão romano durante a vida e latino, quando morria. Mas, na nossa Constituição, em virtude dessas vicissitudes do estado das pessoas, e de outras dificuldades, resolvemos suprimir para sempre os latinos, e com eles a Lei Júnia, o senatusconsulto Largiano, e o edito do divino Trajano. Desse modo, os libertos gozarão de todos os direitos de cidadãos romanos, e, coisa admirável de ser vista, por meio de algumas disposições complementares, transformamos, em modo de adquirir a qualidade de cidadão romano, os mesmos que tinham sido levados à condição de latinos.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título VIII

DA ASSIGNAÇÃO DOS LIBERTOS

(*De adsignatione libertorum*)

Enfim, relativamente aos bens dos libertos, advertimos que, conforme um senatusconsulto, embora os descendentes do patrono do mesmo grau sejam igualmente chamados à sucessão dos bens, o ascendente pode indicar o liberto como seu descendente, de modo que, por morte do ascendente, o descendente seja o único patrono, e os outros, que seriam chamados se não tivesse havido a indicação, não teriam direito algum aos bens do liberto.

Os outros descendentes somente recuperam o direito que tinham, quando o descendente, a favor de quem foi feita a assignação, falece sem deixar descendentes.

§ 1.° – Pode indicar-se não só um liberto, como também uma liberta, e não somente o filho ou neto, mas também a filha ou neta.

§ 2.° – Outorga-se essa faculdade de assignar ao ascendente que tem dois ou mais descendentes sob seu pátrio poder, permitindo-se-lhe que indique o liberto relativamente a esses descendentes. Daí saber, se o filho, a quem se fez a designação, for emancipado, fica a indicação sem efeito? A indicação fica sem efeito, sendo essa a opinião de Juliano e da maioria dos jurisconsultos.

§ 3.° – Pouco importa que a assignação seja feita por testamento ou não. Os patronos podem também usar qualquer expressão, em virtude do referido senatusconsulto, da época de Cláudio, sendo cônsules Suilo Rufo e Ostério Escápula.

UFRGS
Faculdade de Direito
Biblioteca

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título IX

DAS POSSES DOS BENS
(*De bonorum possessionibus*)

O direito de posse de bens foi introduzido pelo pretor para corrigir o antigo direito, e a modificação, como já se disse, foi feita não só nas disposições relativas à herança do intestado, como também no caso de o *de cujus* ter deixado testamento. Na verdade, quando alguém instituía um póstumo estranho, este não podia, pelo direito civil, fazer adição da herança, pois a instituição era nula, mas podia obter, pelo direito pretoriano, a posse dos bens, porque o pretor o auxiliava. Hoje, porém, a nossa Constituição permite instituir validamente o póstumo, reconhecido pelo direito civil.

§ 1.º – Algumas vezes, entretanto, o pretor prometia a posse dos bens não para corrigir ou contrariar o direito antigo, mas para confirmá-lo, tão-só, e, nesse caso, o pretor dá aos herdeiros, instituídos em testamento regular, a posse dos bens, de acordo com a letra do testamento, *secundum tabulas*.

Na falta de testamento, o pretor também chama à posse dos bens não só os herdeiros seus, como também os agnatos, que recebem a herança pelo direito civil, independentemente da posse dos bens.

§ 2.º – Os chamados à herança pelo pretor, não se tornam, por esse fato, tão-só diretamente herdeiros, porque tal título não pode ser conferido *pelo pretor*, mas somente *pela lei,* ou por um ato legislativo, como, por exemplo, pelo senatusconsulto, ou pela Constituição Imperial. Aqueles que recebem do pretor a posse dos bens ficam em lugar dos herdeiros, chamando-se, pois, possuidores dos bens.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

O pretor enumerou muitos outros casos de posse de bens, a fim de que ninguém morresse sem sucessor. Na verdade, o direito de habilitar-se à herança, restrito pela Lei das XII Tábuas, foi ampliado pelo pretor mediante o emprego da eqüidade.

§ 3.º – As posses de bens testamentários são, em primeiro lugar, a posse dada aos herdeiros omitidos, também chamada *posse contra a letra do testamento (contra tabulas)*; em segundo lugar, a posse que o pretor promete a todos os herdeiros legalmente instituídos, e que, por esse mesmo fato, recebe o nome de *posse na conformidade do testamento* (*secundum tabulas*). Depois de tratar dos testamentos, o pretor passa a ocupar-se dos intestados dando, em primeiro lugar, posse dos bens aos herdeiros seus e aos que se lhes equiparam pelo edito, e, então, a posse se chama *dos descendentes* (*unde liberi*); em segundo lugar, aos herdeiros legítimos; em terceiro lugar, a dez pessoas que ele prefere ao manumitente estranho, a saber, ao pai e à mãe, ao avô e à avó paternos e maternos, ao filho e à filha e seus descendentes, ao irmão e à irmã, consangüíneos ou uterinos; em quarto lugar, aos cognatos mais próximos; em quinto lugar, ao parente mais próximo do liberto (*tum quem ex familia*); e, em sexto lugar, ao patrono e à patrona, a seus descendentes ou ascendentes; em sétimo lugar, ao marido e à mulher e, por último, em oitavo lugar, aos cognatos do manumissor.

§ 4.º – Essas foram as posses dos bens que a jurisdição pretoriana introduziu. Como nós pretendemos examinar e corrigir tudo, conservamos em nossas Constituições, como necessárias, as posses dos bens *contra tabulas* e *secundum tabulas* e as posses dos bens *unde liberi et unde legitimi*, quando não há testamento.

§ 5.º – Reconhecemos, em poucas palavras, e por um dispositivo piedoso, que a posse que se achava colocada em quinto lugar no edito do pretor, isto é, a posse *unde decem personae* era supérflua. Realmente, essa posse dos bens colocava dez pessoas antes do manumitente estranho, mas a Constituição, que fizemos sobre a emancipação dos descendentes, dá a todos os ascendentes a vantagem de manumitir com a fidúcia, que se transforma em cláusula tácita de manumissão, tornando supérflua essa quinta posse dos bens. Por esses motivos, a quinta foi suprimida, pondo-se, em seu lugar, a sexta, ou seja, a que o pretor promete aos cognatos mais próximos, e que, por essa razão, se torna a quinta.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

§ 6.º – Em sétimo lugar, estava colocada anteriormente à posse dos bens *tum quam ex familia*, e, em oitavo lugar, a posse que o edito promete aos descendentes, ao pai e à mãe do patrono ou patrona (*unde liberi patroni patronaeque et parentes eorum*), mas uma e outra posse sobre o direito de padroado foram inteiramente suprimidas pela nossa Constituição. Como nós identificamos a sucessão dos libertos com a dos ingênuos, restringindo-a somente ao quinto grau, para manter a diferença entre ingênuos e libertos, estes pela posse dos bens *contra tabulas, unde legitimi* e *unde cognati* poderão exercer perfeitamente seus direitos, sem recorrer às sutilezas e às abstrusas complicações daquelas duas espécies de posses de bens.

§ 7.º – Outra posse de bens, denominada *unde vir et uxor* ocupava, antigamente, o nono lugar. Conservamo-la em pleno vigor, fazendo-a ascender ao sexto lugar. A posse dos bens colocada em décimo lugar, dada aos cognatos do patrono, foi suprimida, e com razão, pelos motivos acima expostos, existindo portanto, em vigor, apenas seis posses de bens.

§ 8.º – Há uma sétima espécie de posse de bens que, mui a propósito, o pretor introduziu. Realmente, o edito do pretor, na parte final, promete a posse dos bens àqueles a quem a lei, o senatusconsulto e a Constituição ordenam expressamente que lhes seja dada. Tal posse de bens o pretor não na colocou em lugar algum, nas heranças testamentárias ou abintestado, constituindo um último recurso extraordinário, que confere direitos, de acordo com as circunstâncias, às pessoas chamadas, por testamento ou abintestado, pelas leis, por senatusconsulto, por direito novo, ou pelas Constituições Imperiais.

§ 9.º – O pretor distinguiu várias espécies de sucessões, fixando-lhes as ordens, mas, muitas vezes, a mesma ordem abrange parentes de diferentes graus. Importava que a ação dos credores não ficasse indefinidamente retardada, que tivessem contra quem demandar, e que não se apossassem facilmente dos bens do *de cujus* para garantir-lhes os interesses. Por isso, o pretor fixou um prazo para pedirem a posse dos bens.

§ 10 – O prazo fixado é de um ano para os descendentes e ascendentes por natureza ou adotivos, e de cem dias para os demais.

§ 11 – Se um dos chamados deixar expirar esse prazo sem pedir a posse dos bens, a posse é dada às outras pessoas do mesmo grau. Se não

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

existirem pessoas do mesmo grau, a posse, segundo o edito sucessório, passa para as pessoas do grau seguinte, como se o precedente não existisse. Se uma pessoa repudia a posse de bens que lhe foi dada, não é necessário que os outros esperem a expiração do prazo dentro do qual se deve pedir a posse, mas são imediatamente admitidos a ela, conforme o mesmo edito.

§ 12 – No prazo fixado para pedir a posse dos bens, só se contam os dias úteis.

§ 13 – A esse respeito, os príncipes que nos precederam decidiram sabiamente que é dispensável pedir a posse dos bens, bastando a intenção, suficiente esta por si só, para adquirir o benefício em toda a sua plenitude.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título X

DA AQUISIÇÃO POR AD-ROGAÇÃO

(*De adquisitione per adrogationem*)

Há outra espécie de sucessão a título universal, introduzida não pela Lei das XII Tábuas, nem mesmo pelo edito do pretor, mas pelo direito consuetudinário.

§ 1.° – Quando o *pater familias* era dado em ad-rogação, todos os seus bens corpóreos ou incorpóreos, assim como todos os seus créditos, passavam, de pleno direito, para a propriedade do ad-rogador, com exceção, somente, dos bens que se extinguem pela *capitis deminutio*, que são a *prestação obrigatória de serviços* e o *direito de agnação.*

Tais eram, também, antes, o uso e o usufruto, mas uma de nossas Constituições impediu que se extinguissem pela *capitis deminutio minima.*

§ 2.° – Em nossos dias, acha-se restrita aos mesmos limites que a relativa aos ascendentes naturais a aquisição resultante da ad-rogação. O ascendente, natural ou adotivo somente adquire o usufruto sobre as coisas que, de estranhos, passam ao filho, sendo que a propriedade a este pertence.

Entretanto, se o ad-rogado morre na família adotiva, a propriedade de seus bens passa ao ad-rogante, exceto se existir uma das pessoas que, segundo a nossa Constituição, preferem ao pai sobre os bens não suscetíveis de ser por este adquiridos.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

§ 3.º – E, reciprocamente, se o ad-rogado tem dívidas a pagar, o ad-rogante por elas não responde, segundo o direito civil, mas pode demandar em nome do filho. Se ele não quiser responder pelo ad-rogado, os bens de que este teria a propriedade plena, e também o usufruto, poderão, por mandado do juiz competente, ser penhorados pelos credores para ser vendidos, na forma das leis existentes.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título XI

DAQUELE A QUEM SÃO ADJUDICADOS OS BENS EM FAVOR DA LIBERDADE

(De eo cui libertatis causa bona addicuntur)

Novo caso de sucessão foi introduzido por uma Constituição do divino Marco. Os escravos manumitidos pelo senhor, mediante testamento, quando não se dá a adição da herança, podem pedir que se lhes adjudiquem os bens para que as manumissões sejam conservadas.

§ 1.º – Tal é a disposição de um rescrito do divino Marco a Popílio Rufo, dizendo o referido rescrito, textualmente o seguinte: "Se Virgílio Valente, que, por testamento, manumitiu vários escravos, ficar sem nenhuma sucessão abintestado, de modo que se torne necessário que seus bens sejam vendidos, o juiz competente, a quem te dirigirás, deverá deferir o pedido que lhe fizeres, a saber, de te serem adjudicados esses bens, para manter as manumissões feitas, quer diretamente, quer por fideicomisso, desde que ofereças garantia suficiente aos credores quanto ao pagamento integral a cada um. Os escravos a quem a liberdade foi dada diretamente ficarão livres como se lhes tivesse sido dada a adição da herança, e os que o herdeiro era rogado a manumitir serão manumitidos por ti, salvo se quiseres apenas a adjudicação dos bens com a condição de teres, como teus libertos, os mesmos a quem a liberdade foi deixada diretamente. Neste último caso, se aqueles, cujo estado se acha em questão, concordarem com o teu pedido, nós, de nossa parte, o permitimos. E para que não percas, por motivo do Fisco, o benefício deste rescrito, ordenamos que os agentes do Fisco, que se apoderarem dos bens, devem

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

ter em consideração que o benefício da liberdade deve ter preferência ao interesse pecuniário, e que os bens somente devem ser recolhidos pelo Fisco, se se conservar a liberdade daqueles que a adquiririam se tivesse havido adição da herança, em razão do testamento".

§ 2.º – Ao mesmo tempo, esse rescrito favorece a liberdade e o *de cujus*, evitando que os credores se apossem dos bens e os alienem. Mediante essa adjudicação, não é necessário alienar os bens, desde que exista um defensor idôneo do *de cujus* que garanta aos credores a totalidade dos créditos.

§ 3.º – Aplica-se esse rescrito a todos os casos em que a liberdade foi outorgada por testamento, mas se o falecido morreu sem testamento e tiver feito alforrias, o benefício da Constituição a ele se estenderá. Aliás, a liberdade, dada por codicilo, é sem dúvida mantida, quando o *de cujus* fez testamento.

§ 4.º – Decorre dos termos da Constituição que ela se refere ao caso de não existir sucessor abintestado. Portanto, enquanto não se tem a certeza se existe ou não sucessor, não há aplicação da lei. Desde que se tenha a certeza de que não exista nenhum sucessor, aplica-se a lei, sem dúvida.

§ 5.º – Quando aquele, a quem se deu a restituição por inteiro, se abstém da herança, a possibilidade da restituição impede que se aplique a Constituição e que se faça a adjudicação? E se depois de feita a adjudicação, para se manterem as manumissões, operar-se-á a restituição por inteiro? Não se pode dizer que a liberdade está revogada, porque, uma vez concedida, se torna irrevogável.

§ 6.º – Essa Constituição tem por objetivo a manutenção das manumissões, e assim, se não tiver havido nenhuma manumissão, ela não se aplica, mas, se a liberdade foi outorgada *inter vivos*, ou então, *causa mortis*, e os libertos, para impedir que se discuta se as manumissões foram feitas em fraude de credores, pedirem a adjudicação dos bens? Deverão ser atendidos? Ainda que a Constituição seja omissa a respeito, impõe-se resposta afirmativa.

§ 7.º – Entretanto, como descobrimos muitos defeitos nessa Constituição, publicamos outra bem mais extensa, na qual reunimos muitos exemplos que completam essa espécie de sucessão, e dos quais cada pessoa pode tomar conhecimento, pela simples leitura desse diploma.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título XII

DA REVOGAÇÃO DAS SUCESSÕES QUE OCORRIAM PELA VENDA DOS BENS E PELO SENATUSCONSULTO CLAUDIANO

(De successionibus sublatis, quae fiebant per bonorum venditionem et ex senatusconsultum Claudiano)

No tempo antigo, antes da sucessão que há pouco explicamos, existiam outras sucessões a título universal. Entre elas havia a compra dos bens, cuja origem se relaciona com a das inúmeras formalidades pelas quais se procedia à venda dos bens do devedor, que ocorria quando os processos ordinários estavam em uso. Mais tarde, introduziram-se os processos extraordinários, desaparecendo as vendas dos bens com os processos ordinários, e então os credores somente podem penhorar os bens por mandado do juiz, para deles dispor como bem entenderem, o que se verá com maior clareza nos minuciosos livros do *Digesto*.

§ 1.° – O senatusconsulto Claudiano estabelecia ainda uma miserável aquisição a título universal, quando a mulher livre, apaixonada por um escravo, perdia, em virtude do senatusconsulto, a liberdade, e, com esta, seus bens. Suprimimos essa disposição por julgá-la indigna de nosso século, e proibimos que fosse reproduzida no *Digesto*.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título XIII

DAS OBRIGAÇÕES
(De obligationibus)

Passemos agora às obrigações. Obrigação é o vínculo de direito, formado segundo o nosso direito civil, que nos coage a pagar alguma coisa.

§ 1.° – A principal divisão das obrigações é a que as divide em civis ou pretorianas. Obrigação civil é a estabelecida pelas leis, ou reconhecidas pelo direito civil. Obrigação pretoriana é a que o pretor constituiu em virtude de sua jurisdição, e se chama também honorária.

§ 2.° – Uma divisão subseqüente classifica-as em quatro espécies, segundo nascem de um contrato, de um quase-contrato (*quasi contracto*), de um delito, ou de um quase-delito (*quasi delicto*). Tratemos, primeiramente, das obrigações que nascem de um contrato, as quais, por sua vez, se desdobram em quatro espécies, conforme se formam pela tradição da coisa (*re*), por palavras (*verbis*), por escrito (*litteris*) ou pelo consenso (*consensu*). Examinemos cada uma delas.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

TÍTULO XIV

COMO SE CONTRAI A OBRIGAÇÃO PELA TRADIÇÃO DA COISA

(*Quibus modis re contrahitur obligatio*)

Contrai-se a obrigação pela tradição da coisa (*re*), como, por exemplo, na dação em mútuo. O mútuo recai sobre coisas que podem ser pesadas, contadas e medidas, como o vinho, o óleo, o trigo, o dinheiro, o cobre, a prata, o ouro.

Quando essas coisas são mutuadas por peso, número e medida, entram na propriedade daquele que as recebe; este não precisa restituí-las ulteriormente, dando, porém, outras da mesma natureza e qualidade. Daí veio o nome de *mútuo*, porque "o que eu te dou de *meu* fica sendo *teu*". Desse contrato nasce uma ação que se chama *condição* (*condictio*).

§ 1.º – Também fica obrigado pela tradição (*re*) quem recebeu um pagamento que não lhe era devido, e que lhe foi feito por erro. Dá-se contra ele, para ele reaver o pagamento, uma ação condictícia. A condição *se parece que deve dar* (*se paret eum dare opportere*), pode ser intentada contra ele como se ele tivesse recebido em mútuo, como, em caso de erro e sem autorização do tutor, se paga a um pupilo o que não se lhe devia, e, nesse caso, o pupilo não responde pela condição de coisa indevida (*condictio indebiti*), do mesmo modo que não responde por uma dação em mútuo. Entretanto, essa espécie de obrigação não é considerada como resultante de contrato, porque quem entrega com a intenção de pagar quer de preferência extinguir a obrigação do que constituí-la.

§ 2.º – Aquele que recebe a coisa em comodato, isto é, para dela se servir, fica obrigado pela tradição e responde pela ação de comodato. O

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

comodatário difere muito do mutuário, porque, ao receber a coisa, não se torna dono dela, devendo restituir a mesma coisa que recebeu. O mutuário, que perde a coisa por caso fortuito, por exemplo, ou por incêndio, ruína, naufrágio, assalto de ladrões ou de inimigos, continua obrigado do mesmo modo. Quanto ao comodatário, ainda que deva ele guardar a coisa com todo o cuidado, não bastando nem mesmo a diligência que costuma ter com suas coisas, quando outra pessoa mais cuidadosa poderia ter evitado a perda, não responde entretanto por força maior ou caso fortuito, sobrevindo sem sua culpa; mas, se levares em viagem a coisa que te foi dada em comodato, e a perderes, quer por assalto de inimigos, quer de ladrões, quer em naufrágio, ficas obrigado a restituí-la. Há, propriamente, comodato quando recebes a coisa para dela te utilizares sem remuneração alguma, porque se há remuneração, há locação do uso da coisa, e o comodato deve ser gratuito.

§ 3.º – Aquele que recebe coisa em depósito fica obrigado pela tradição, respondendo pela ação de depósito, porque fica obrigado a restituir a coisa que recebeu. O depositário responde somente por dolo, não respondendo por descuido ou negligência, nada tendo a temer, se, por falta de cuidado, deixou roubar a coisa, pois quem entrega uma coisa à guarda de um amigo negligente só se pode queixar da própria imprudência.

§ 4.º – Credor que recebe penhor fica igualmente obrigado pela tradição, respondendo pela ação pignoratícia para a restituição da coisa, mas, como o penhor é constituído no interesse das duas partes contratantes, a saber, no interesse do devedor para facilitar-lhe a abertura de crédito, e no interesse do credor para melhor garanti-lo, decidiu-se que basta ao credor o fato de ter guardado a coisa com grande cuidado. Se, apesar desse cuidado, a coisa se perde por caso fortuito, fica ao abrigo de qualquer responsabilidade, nada impedindo que cobre seu crédito.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

TÍTULO XV

DA OBRIGAÇÃO VERBAL

(*De verborum obligatione*)

Contrai-se obrigação verbal por pergunta e resposta, quando estipulamos que se nos dê ou se nos faça alguma coisa.

A obrigação verbal dá origem a duas ações, a saber, à condição (*condictio*), se a estipulação é certa, à ação de estipulação (*ex stipulatu*), se a estipulação é incerta. A palavra *estipulação* deriva de *stipulum*, que, entre os antigos, queria dizer *firme*, provavelmente por derivar de *stipes*, que significa *tronco*.

§ 1.º – Para formar a obrigação verbal usavam-se antigamente estas palavras: *Respondes? Respondo. Prometes? Prometo. Garantes? Garanto. Afianças? Afianço. Darás? Darei. Farás? Farei.* Pouco importa que a estipulação seja em latim, em grego ou em qualquer outra língua, contanto que seja compreendida por ambos os contratantes. Não é mister que ambos falem a mesma língua, bastando que a resposta corresponda à pergunta. Ainda mais: dois gregos podem contrair uma obrigação em latim. Essas expressões que referimos eram usadas antigamente. Veio depois uma Constituição do imperador Leão, que suprimiu aquelas palavras solenes e exigiu somente a intenção e o conhecimento concordes, fossem quais fossem as palavras usadas.

§ 2.º – Toda estipulação pode ser pura, a termo ou sob condição. Pura é a que está neste exemplo: *Prometes dar-me cinco moedas?* Nesse caso, podem as moedas ser exigidas imediatamente. A estipulação é a termo quando menciona o dia em que a quantia será paga, como, por exemplo: *Prometes dar-me dez moedas nas primeiras calendas de mar-*

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

ço? O que foi estipulado a termo é devido desde o momento da estipulação, mas o pagamento não pode ser exigido antes do vencimento do termo. O credor não pode exigir também, no dia indicado pela estipulação, porque o devedor deve ter o dia inteiro para pagar, e, enquanto esse dia não passar, não se pode dizer que o pagamento não foi feito no dia estipulado.

§ 3.º – A estipulação nestes termos, *prometes dar-me dez moedas por ano enquanto eu viver?*, é pura, simples e perpétua, porque ninguém pode ficar devendo indefinidamente. Entretanto, se o herdeiro exigir o pagamento, pode ele entrar com a exceção de pacto.

§ 4.º – A estipulação é feita sob condição quando a obrigação é subordinada a acontecimento incerto, devendo valer a estipulação se tal fato acontecer, ou não acontecer, como, por exemplo, quando se diz: *Prometes dar-me cinco moedas, se Tício for eleito cônsul?*

Se alguém estipulou nesses termos, *prometes dar-me, se eu não subir ao Capitólio?*, é como se estipulasse que se lhe desse a morte.

A estipulação condicional somente dá a esperança de um crédito (*spes debitum iri*) e essa esperança é transmitida aos herdeiros do estipulante quando este falece antes de realizada a condição.

§ 5.º – Muitas vezes também a estipulação designa um lugar, como, por exemplo, quando se diz: *Prometes dar-me isto em Cartago?* Essa estipulação parece pura e simples, mas, na verdade, dá ao devedor o tempo necessário para pagar em Cartago. Por isso, se em Roma alguém estipular assim, *prometes dar-me isto hoje em Cartago?*, essa estipulação será nula porque se promete o impossível.

§ 6.º – As condições que se referem à época presente ou passada, como, por exemplo, *prometes dar-me se Tício for cônsul*, ou *se Mévio estiver vivo*, invalidam imediatamente a obrigação, não tendo nenhum valor. Na verdade, se o fato não ocorre, a estipulação é nula, e se o fato ocorre, a estipulação vale a partir do momento em que o fato ocorreu, porque é um fato certo, na ordem dos acontecimentos; isso não suspende a obrigação, ainda que seja incerto relativamente a nós.

§ 7.º – A estipulação pode ainda ter, como objeto, não somente *coisas*, mas também *fatos*, como, por exemplo, quando estipulamos que algum ato se pratique ou não.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Nessa estipulação, convém acrescentar uma *pena*, a fim de que a importância do interesse do estipulante não fique incerta e que este não se veja obrigado a provar qual seja ela. Quando alguém estipula que algum ato será praticado, deverá acrescentar uma *pena* desse modo: *Se isso não for feito, prometes dar-me dez moedas a título de pena?*

Quando, porém, se estipula ao mesmo tempo a execução de certos fatos e a inexecução de outros, deve acrescentar-se o seguinte: *Se, apesar disso, esta coisa se fizer, ou se outra não se fizer, prometes dar-me dez moedas a título de pena?*

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título XVI

DOS CO-ESTIPULANTES E DOS CO-PROMITENTES

(*De duobus reis stipulandi et promittendi*)

Duas ou mais pessoas podem fazer a mesma estipulação ou a mesma promessa. Concorrem na mesma estipulação, quando o devedor, interrogado por todas, responde *eu o prometo,* como, por exemplo, quando o promitente, interrogado separadamente por dois estipulantes, responde: *eu prometo isso a cada um de vós.* Prometendo, porém, primeiro a Tício, e depois a outro interrogante, haverá dois estipulantes, e não co-estipulantes. Para que duas ou mais pessoas concorram na mesma promessa, devem assim ser interrogadas: *Mévio, prometes dar-me cinco moedas? Seio, prometes dar-me a mesma quantia?* E cada um responderá: *Eu o prometo.*

§ 1.° – Nessas obrigações, o total é devido a cada um dos estipulantes, dos promitentes o total. Entretanto, de um e de outro lado existe uma só dívida: o pagamento recebido por um dos co-estipulantes extingue o crédito de todos e o pagamento feito por um dos co-promitentes libera-os a todos.

§ 2.° – Um dos co-promitentes pode obrigar-se *pura e simplesmente,* e outro *a termo* ou *sob condição,* mas o termo ou condição não impedem a ação contra aquele que se obrigou pura e simplesmente.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título XVII

DA ESTIPULAÇÃO DOS ESCRAVOS

(*De stipulatione servorum*)

O escravo tira da pessoa do seu dono o direito de estipular.

E do mesmo modo que a herança na maior parte dos casos representa a pessoa do defunto, assim a estipulação, feita pelo escravo hereditário antes da adição da herança, faz com que a herança adquira e, por conseguinte, que adquira o futuro herdeiro.

§ 1.º – O escravo adquire sempre para o seu senhor, quer estipule para este, quer para si próprio, quer para um outro escravo do mesmo senhor, quer sem designação de pessoa. As mesmas regras se aplicam aos descendentes sob o pátrio poder, nos casos em que podem adquirir.

§ 2.º – Quando se estipula que algum ato se faça, a estipulação é restrita à pessoa do estipulante, por exemplo, quando o escravo estipula *que lhe será permitido passar,* somente o escravo, e não o senhor, tem direito de passar.

§ 3.º – Se um escravo tem diversos senhores, estipula para cada um em razão das partes que respectivamente lhes pertencem, salvo quando estipula por ordem de um só, ou por um deles nomeadamente, pois em tal caso só, ou por um deles nomeadamente, este último adquire. Se um dos senhores se acha na impossibilidade de adquirir a coisa estipulada pelo escravo comum, o outro a adquire em sua totalidade, o que acontece, por exemplo, quando a coisa pertencia a um deles.

Scanned with CamScanner

Título XVIII

DA DIVISÃO DAS ESTIPULAÇÕES

(*De divisione stipulationum*)

As estipulações são judiciárias, ou pretorianas, ou convencionais, ou comuns, isto é, simultaneamente judiciárias e pretorianas.

§ 1.° – Estipulações judiciais são as que derivam exclusivamente do ofício do juiz, tais como a caução de dolo, a promessa de perseguir o escravo fugitivo, ou de restituir o preço.

§ 2.° – Estipulações pretorianas são as que derivam exclusivamente do ofício do pretor, tais como as relativas ao dano iminente (*damni infecti*) e aos legados. Sob o nome de estipulações pretorianas se compreendem também as estipulações edilícias, pois derivam também da jurisdição.

§ 3.° – Estipulações convencionais são as que se originam do só acordo das partes, isto é, sem mandado do juiz, nem do pretor, mas em virtude da livre convenção dos contratantes. Pode-se dizer que há tantas espécies dessas obrigações quantos são os objetos dos contratos.

§ 4.° – Estipulações comuns são, por exemplo, a de ressalvar os interesses do pupilo, a qual é ordenada pelo pretor, e também algumas vezes pelo juiz, quando não é possível proceder de outro modo, e a promessa de ratificar (*de rato*).

Scanned with CamScanner

Título XIX

DAS ESTIPULAÇÕES NULAS
(*De inutilibus stipulationibus*)

Todas as coisas sujeitas ao nosso domínio, quer móveis, quer imóveis, podem constituir objeto de estipulação.

§ 1.º – Quando alguém estipula a dação de uma coisa que não existe, ou que não pode existir, como, por exemplo, se Estico, que já está morto e que se julgava vivo, ou de um hipocentauro, cuja existência é impossível, a estipulação é nula.

§ 2.º – O mesmo acontece se alguém estipula a dação de uma coisa sagrada ou religiosa, que julgava profana, ou de uma coisa pública, destinada ao uso perpétuo do povo, como uma praça, um teatro, ou a dação de um homem livre que julgava escravo, ou de uma coisa de que não pode dispor, ou que já lhe pertence. E ainda que a coisa pública se possa tornar privada, que o homem livre se possa tornar escravo, ainda que o estipulante venha a adquirir o direito de dispor da coisa e que a coisa que agora lhes pertence venha a sair do seu domínio, nem por isso a estipulação fica em suspenso, mas é desde logo nula. Do mesmo modo, e, em sentido inverso, ainda que a coisa tenha sido validamente estipulada a princípio, se, mais tarde, e sem fato algum do promitente, incidir em um dos casos procedentemente enumerados, a estipulação se extingue.

É igualmente nula, desde a origem, a estipulação seguinte, ou outra semelhante: *Prometes dar-me Lúcio Tício quando se tornar escravo?* E

Scanned with CamScanner

isso porque as coisas que, por sua natureza, se acham fora de toda propriedade não podem constituir objeto de obrigação.

§ 3.º – Se alguém prometer que outrem dê ou faça alguma coisa, por exemplo, *que Tício dará cinco moedas,* não ficará ele obrigado. Fica, porém, obrigado, se prometer fazer que Tício dê.

§ 4.º – É nula a estipulação feita a um terceiro, a cujo poder não se acha sujeito o estipulante. Isso não impede que se estipule poder ser feito o pagamento a um terceiro, por exemplo, *prometes dar a mim ou a Seio?* Nesse caso, o estipulante adquire a obrigação, mas o pagamento feito a Seio, mesmo contra a vontade do estipulante, é válido, e exonera completamente o devedor, e o estipulante tem apenas ação de mandato contra Seio.

Se alguém estipular para si e para um terceiro, a cujo poder não se acha sujeito, a dação de dez moedas, a estipulação é certamente válida. Mas, em tal caso, é devida a quantia total ao estipulante, ou somente a metade? Decidimos que só é devida a metade.

Se estipulares para pessoa sujeita ao teu poder, adquires para ti mesmo, porque se considera que teu filho fala por tua boca, e tu pela dele, em relação às coisas, que podes adquirir.

§ 5.º – A estipulação é também nula quando a resposta não concorda com a pergunta, por exemplo, se se estipular que pagues dez moedas e prometeres pagar cinco moedas, ou reciprocamente, ou quando se estipula pura e simplesmente, e prometes sob condição, e reciprocamente. Isso ocorre quando houve declaração tua, a saber, quando alguém estipulou contigo sob condição ou a termo, e respondeste *prometo para hoje,* pois se respondeste somente *prometo* considera-se que, por uma só palavra, prometeste sob a mesma condição ou termo.

Não é necessário repetir, na resposta, todas as expressões do estipulante.

§ 6.º – Nula é a estipulação quando estipulas com quem se acha sob o teu poder, ou quando ele estipula contigo.

O escravo não se pode obrigar não somente para com seu senhor, mas também para com qualquer outro, ao passo que o filho de família pode obrigar-se para com estranhos.

Scanned with CamScanner

§ 7.º – O mudo não pode evidentemente estipular nem prometer. O mesmo diremos do surdo, porque o estipulante deverá ouvir as palavras do promitente, e o promitente as do estipulante. É claro que não nos referimos às pessoas que ouvem com dificuldade, mas às que nada ouvem.

§ 8.º – O louco não pode praticar ato jurídico algum, porque não sabe o que faz.

§ 9.º – O pupilo pratica validamente qualquer ato, contanto que o tutor intervenha, quando a sua autorização é necessária, isto é, quando o pupilo se obriga, pois, sem autorização do tutor, o pupilo pode obrigar os outros para com ele.

§ 10 – O que dizemos do pupilo se aplica aos que já têm alguma compreensão, porque o infante ou o próximo à infância diferem pouco do louco, porque não têm compreensão de coisa alguma. Todavia, a interpretação menos rigorosa das regras de direito, admitida no interesse dos pupilos, tem assimilado os próximos à infância aos próximos à puberdade. Os impúberes, filhos de família, não se podem obrigar, mesmo com autorização paterna.

§ 11 – Quando se subordinou a obrigação a uma condição impossível, a estipulação é nula. Condição impossível é aquela cuja realização se opõe à natureza, por exemplo, *prometes dar-me se eu tocar o céu com o dedo?* Mas se a estipulação for nestes termos, *se eu não tocar o céu com o dedo, prometes dar-me?*, a obrigação se considera pura e simples, e imediatamente exigível.

§ 12 – É nula a obrigação verbal contraída entre ausentes. A aplicação desse princípio oferecia aos demandistas uma fonte de pleitos judiciários, porquanto, passado algum tempo, podiam alegar que eles próprios os seus adversários não tinham estado presentes. Para acelerar a decisão das questões, nossa Constituição, dirigida aos advogados de Cesaréa, decidiu que os instrumentos que indicarem a presença das partes terão inteira fé, se aquele que alegar o contrário não provar, do modo mais evidente, quer por escrito, quer por testemunhas fidedignas, que ele ou seu adversário esteve em lugar diferente, durante todo o dia em que o instrumento foi feito.

Scanned with CamScanner

§ 13 – Ninguém podia estipular que lhe fosse dada alguma coisa depois da sua morte, ou depois da morte do promitente.

O que se achava sujeito ao poder de outrem não podia também estipular que lhe dessem alguma coisa depois da morte de seu ascendente ou de seu senhor, porque se considera que estes falam pela boca do estipulante. Era também nula a estipulação nestes termos: *Prometes dar-me na véspera da minha morte,* ou, *na véspera da tua morte?*

Como já ficou dito, é o acordo das partes que valida as estipulações, e por isso fizemos nesse ponto uma reforma necessária, segundo a qual valerá a estipulação com vencimento depois da morte, ou na véspera da morte, do estipulante ou do promitente.

§ 14 – Uma estipulação nestes termos, *se tal navio chegar um dia da Ásia, prometes dar-me hoje?*, era nula porque feita às avessas. Como o imperador Leão, de gloriosa memória, ordenasse que tal estipulação, que tem o nome de prepóstera, valesse em matéria total, resolvemos dar-lhe validade absoluta, e assim valerá não só no dote, mas em qualquer outro caso.

§ 15 – Uma estipulação nestes termos, dizendo *Tício, prometes dar-me quando ou morrer,* ou, *quando morreres*?, era válida entre os antigos e o é também atualmente.

§ 16 – Também vale a estipulação pela qual se dará alguma coisa depois da morte de um terceiro.

§ 17 – Quando constar do instrumento que uma pessoa prometeu, considera-se que respondeu a uma interrogação prévia.

§ 18 – Quando a mesma estipulação compreende vários objetos, o promitente, que responde simplesmente *prometo,* fica obrigado por todos. Quando promete somente um ou alguns dos objetos estipulados, deve apenas àqueles aos quais se aplica a resposta. Há, na verdade, várias estipulações das quais uma ou algumas somente se acham completas, pois cada objeto requer uma estipulação e uma resposta.

§ 19 – Ninguém pode, como dissemos acima, estipular por outrem. Com efeito, as estipulações foram criadas para dar a cada um a possibilidade de fazer as aquisições que lhe interessarem. Ora, importa pouco

Scanned with CamScanner

ao estipulante que se dê alguma coisa a outrem. Todavia, se alguém quiser estipular por outrem, deve fazê-lo com uma pena, para que, se o promitente não fizer o que disse, possa o estipulante exigir a pena, embora não tenha interesse, porque, quando alguém estipula uma pena, se considera não o seu interesse, mas a importância da cláusula penal. Assim, se alguém estipular, *prometes dar a Tício?*, a estipulação é nula. Mas se disser *se lhe não deres, prometes dar-me tantas moedas?*, a estipulação terá efeito.

§ 20 – Estipula-se validamente por outrem quando se tem interesse. Assim, quando um tutor, depois de ter começado a gerir a tutela, cede a administração a seu contutor, e estipula que este guardará fielmente os bens do pupilo, a obrigação é válida, porque o cedente tem interesse na boa administração, visto como responde para com o pupilo pela má gestão do contutor.

Pela mesma razão, se alguém estipula que uma coisa seja dada a seu procurador, a estipulação é válida. Também vale a estipulação pela qual alguma coisa será dada ao credor do estipulante, porque este tem interesse em evitar a pena, ou a venda dos imóveis dados em garantia da dívida.

§ 21 – Reciprocamente, quem promete que outrem fará alguma coisa nada promete, se não acrescentar uma pena.

§ 22 – Ninguém pode estipular validamente sobre coisa que deve pertencer um dia ao estipulante, no caso de vir a pertencer-lhe.

§ 23 – Se a intenção do estipulante recaiu sobre uma coisa, e a do promitente sobre outra, não há obrigação, como não há no caso de ficar a pergunta sem resposta, por exemplo, quando alguém estipulou contigo sobre o escravo Estico, e tu prometeste o escravo Panfílio, julgando que se chamasse Estico.

§ 24 – A promessa feita por causa torpe, por exemplo, a de cometer homicídio, ou sacrilégio, não é válida.

§ 25 – Na estipulação condicional, a morte do estipulante, que falece antes de realizada a condição, não impede o herdeiro de exigir a obrigação, desde que a condição se realizou. O mesmo acontece a respeito do promitente.

Scanned with CamScanner

§ 26 – Quem estipulou para tal mês, ou para tal ano, não pode exigir o objeto da estipulação antes de expirado o mês ou o ano.

§ 27 – Se estipulares a dação de um terreno, ou de um escravo, não podes exigi-la imediatamente, mas deves esperar que o tempo necessário para operar-se a tradição tenha decorrido.

Scanned with CamScanner

Título XX

DOS FIADORES
(*De fidejussoribus*)

O promitente encontra muitas vezes outras pessoas que se obrigam por ele, e que têm o nome de fiadores, as quais são aceitas pelos credores para aumentar-lhes as garantias.

§ 1.º – Os fiadores podem concordar com todas as obrigações, quer tenham sido contraídas por tradição da coisa (*re*), quer por palavras, quer por escrito, quer por consentimento. Pouco importa também que a obrigação seja civil ou natural, de modo que um fiador se pode obrigar por um escravo, quer relativamente a um estranho, quer relativamente ao próprio senhor do escravo, pelo que lhe for devido naturalmente.

§ 2.º – O fiador não obriga somente a si próprio, mas também a seus herdeiros.

§ 3.º – A fiança pode preceder ou seguir-se à obrigação.

§ 4.º – Quando existem muitos fiadores, cada um responde pela totalidade, qualquer que seja o seu número. Por isso o credor pode pedir a totalidade de qualquer dos fiadores, mas uma epístola do imperador Adriano obriga o credor a demandar por parte cada um dos fiadores que se acharem solváveis ao tempo da litiscontestação. Conseguintemente, se nessa época um dos fiadores se achar insolvável, a sua parte recairá sobre os mais, porém, se um dos fiadores pagar toda a dívida, suportará sozinho a perda resultante da insolvabilidade do devedor, e só de si se deve queixar, porquanto podia invocar a epístola de Adriano e pedir que a ação só fosse competente em parte contra ele.

Scanned with CamScanner

§ 5.º – Os fiadores não podem obrigar-se de maneira a deverem mais do que o afiançado, porque a sua obrigação é acessória da obrigação principal, e o acessório não pode conter mais que o principal. Ao contrário, podem os fiadores se obrigar de modo a deverem menos que o afiançado. Se, por exemplo, o afiançado prometeu dez moedas de ouro, o fiador se pode obrigar validamente por cinco; todavia, o caso inverso não tem lugar. Do mesmo modo, se o afiançado prometeu pura e simplesmente, o fiador pode prometer sob condição, mas o inverso não é possível. Considera-se que alguém dá mais, ou dá menos, não só relativamente à quantidade, mas também relativamente ao tempo, quem dá imediatamente dá mais, quem dá ao cabo de certo tempo dá menos.

§ 6.º – O fiador que pagou pelo afiançado tem contra este, para se reembolsar, a ação de mandato.

§ 7.º – O fiador se obriga em grego nestes termos *tê emi pistei keleúô* (*ordeno sob minha palavra*), *lego* (*digo*), *thélô* ou *boúlomais* (*quero, quero muito*). Se disser: *fêmi* (*pretendo*) é como se tivesse dito *légo* (*digo*).

§ 8.º – Nas estipulações dos fiadores considera-se ter sido feito tudo quanto constar do instrumento. E quando alguém, em um escrito, se reconhece fiador, presume-se que todas as formalidades necessárias foram praticadas.

Scanned with CamScanner

Título XXI

DA OBRIGAÇÃO LITERAL

(*De litterarum obligatione*)

Contraía-se antigamente por escrito uma obrigação *nominibus,* por nomes, como então se dizia, os quais não são hoje usados. Todavia, se alguém se confessou por escrito devedor de quantia que não recebeu, não poderá, depois de longo espaço de tempo, apresentar a exceção de não ter sido paga (*exceptio de non numerata pecunia*). É ponto este muito bem assentado pelas Constituições. Eis como acontece que, não podendo mais excepcionar, ficar obrigado pelo escrito, e cabe contra ele uma condição, bem entendido, não havendo obrigação verbal. O longo espaço de tempo marcado pelas Constituições Imperiais para a referida exceção era o de cinco anos, mas, para que os credores não fiquem muito tempo expostos a perder o seu dinheiro, a nossa Constituição, restringindo o tempo, não permitiu excepcionar passados dois anos.

Scanned with CamScanner

Título XXII

DA OBRIGAÇÃO CONSENSUAL

(*De consensu obligatione*)

Na venda, na locação, na sociedade e no mandato, as obrigações formam-se somente pelo consenso das partes. Nesses casos, diz-se que se formam só pelo consenso, porque não se exige escrito, nem presença das partes. Tais obrigações se formam mesmo sem a entrega da coisa, bastando o consentimento das partes e, portanto, se contraem mesmo entre ausentes, por carta ou por intermediário, e se apreciam segundo a eqüidade. Nas obrigações verbais, ao contrário, um dos contratantes estipula e o outro promete.

Scanned with CamScanner

Título XXIII

DA COMPRA E VENDA

(*De emptione et venditione*)

Há compra e venda quando as partes estão de acordo sobre o preço, ainda que este não tenha sido pago, e que não tenha sido dado sinal, porque o que é dado a título de sinal serve apenas para provar que o contrato se realizou. Essas regras, entretanto, só se aplicam à compra e venda que se celebra sem instrumento escrito, e, quanto a esta, nada inovamos.

Decidimos, em nossa Constituição, que a compra e venda que se faz por instrumento escrito somente é perfeita, quando o instrumento é passado pelo próprio punho dos contratantes, ou é escrito por um terceiro e assinado por ambos, ou por tabelião, sendo completamente acabado e aceito pelas partes, pois, faltando qualquer desses requisitos, pode haver retratação, e o comprador e o vendedor podem desistir da venda, sem sofrer pena alguma. Todavia, só lhes permitimos que se retratem impunemente, quando nada houver sido dado a título de sinal, porque, se houver sido dado um sinal, quer a venda tenha sido feita por instrumento, quer sem instrumento escrito, o comprador não se pode recusar a cumprir o contrato sem perder o que deu, e o vendedor sem restituir em dobro o que recebeu, independentemente de qualquer convenção feita quanto ao sinal.

§ 1.º – É preciso convencionar o preço, porque não há compra sem preço. O preço deve ser determinado. Entre os antigos era ponto vivamente controvertido saber se há ou não venda, quando se convenciona vender uma coisa pelo preço que Tício arbitrar. Decidimos que em toda a venda feita *pelo preço que Fulano indicar,* se a pessoa designada fixar

Scanned with CamScanner

o preço, valerá o que disser relativamente ao pagamento do preço e à tradição da coisa, e a venda será válida, tendo o comprador ação de compra (*ex empto*), e o vendedor ação de venda (*ex vendito*). Se, ao contrário, a pessoa designada não quiser, ou não puder, fixar o preço, a venda será nula por falta de preço. Essa decisão, que admitimos relativamente à venda, deve aplicar-se com razão à locação.

§ 2.º – O preço deve consistir em moeda. Muito se discutiu sobre o fato de preço poder consistir em outros objetos, como, por exemplo, um escravo, um terreno ou uma toga. Sabino e Cássio sustentavam a afirmativa. Vulgarmente se dizia que a venda ocorre pela troca das coisas, sendo essa forma de venda a mais antiga, encontrando-se já no poeta grego Homero,* que nos diz alhures que o exército dos gregos comprava vinho, trocando-o por outras coisas.

Os sectários da escola oposta, adotando opinião contrária, consideravam a compra e venda e a troca dois contratos diferentes. A não ser assim, diziam, não se poderia, na troca, distinguir a coisa vendida da que forma o preço, e a razão não admite que ambas se considerem como sendo ao mesmo tempo o objeto e o preço da venda. A opinião de Próculo, sustentando que a troca é contrato particular, distinto da venda, prevaleceu com razão, por fundar-se em outros versos de Homero, e em razões mais sólidas, e, tendo sido aceita pelos Imperadores que nos precederam, acham-se mais amplamente desenvolvidas no *Digesto*.

§ 3.º – Desde que a compra e venda é perfeita, isto é, desde que se ajustou o preço, quando o contrato é sem instrumento escrito, os riscos da coisa correm por conta do comprador, ainda que não lhe tenha sido feita a tradição da coisa. Assim, se o escravo falece, ou é mutilado em alguma parte do corpo, se a casa é destruída total ou parcialmente por um incêndio, se o terreno se perde no todo ou em parte pela violência de um rio, ou se deteriora por inundação, ou por tempestade que derrube as árvores, a perda é suportada pelo comprador, que, embora não receba a coisa, fica obrigado a pagar-lhe o preço. Realmente, tudo quanto sucede sem dolo ou culpa do vendedor não afeta a este.

Também, se depois da venda o terreno é acrescido por aluvião, é o comprador quem lucra, porque quem suporta os riscos, ou incômodos,

(*) Ver Homero, *Ilíada*, Livro VII, v. 472-475.

Scanned with CamScanner

deve ter também as vantagens; quando os escravos vendidos fogem, ou são roubados, sem dolo nem culpa do vendedor, cumpre examinar se este se havia encarregado de guardá-los até a tradição, pois, nesse caso, suporta sozinho o risco, ao passo que, no caso contrário, não ficando responsável. O mesmo ocorre relativamente aos animais e a quaisquer outros objetos.

Todavia, o vendedor deverá ceder ao comprador a reivindicação e a condição, porque aquele que não fez a tradição da coisa é ainda proprietário. O mesmo diremos das ações de furto (*furti*) e de dano injusto (*damni injuriae actione*).

§ 4.º – Pode ainda a venda ser feita sob condição, ou pura e simplesmente. Faz-se condicionalmente nestes termos: *Se dentro de tal tempo Estico te convier, ser-te-á vendido por tantas moedas.*

§ 5.º – Quem compra conscientemente, sabendo, um terreno sagrado, religioso ou público, por exemplo, uma praça, uma basílica, pratica ato nulo. Se, porém, enganado pelo vendedor, as comprou, julgando serem profanas, ou privadas, terá a ação de compra (*ex empto*), sob fundamento de não poder ter de volta a coisa, a fim de obter assim satisfação do interesse que tinha em não ser enganado. O mesmo diremos, no caso de haver comprado um homem livre, julgando, pensando que ele era escravo.

Scanned with CamScanner

TÍTULO XXIV

DA LOCAÇÃO E DA CONDUÇÃO

(De locatione et de conductione)

A locação assemelha-se muito à venda e as mesmas regras lhe são aplicáveis. Assim como o contrato de venda se forma desde que há acordo sobre o preço, assim também, desde que o aluguel foi ajustado, existe o contrato de locação, dando-se ao locador a ação *locati*, e ao locatário a ação *conducti*.

§ 1.º – O que acima dissemos sobre a venda, cujo preço foi deixado ao arbítrio de terceiro, aplica-se igualmente à locação. Por isso, quando se levam ao tintureiro roupas para lavar, ou ao alfaiate para consertá-las, sem fixar imediatamente o preço, mas a intenção de pagar a quantia que as partes mais tarde convencionarem, não há, propriamente, contrato de locação, mas se dá, nesse caso, a ação *praescriptis verbis*.

§ 2.º – Do mesmo modo que se discutia se ocorria a compra e venda pela troca de duas coisas, também se discutia se se dava locação quando alguém te entregasse uma coisa com a faculdade de usares ou gozares dela, e recebesse de ti outra coisa com a mesma faculdade. Decidiu-se que não se dava nesse caso locação, mas um contrato especial. Por exemplo, se dois vizinhos, que têm, cada um, um boi, convencionam que o emprestarão alternativamente por dez dias para trabalhar, e se o boi de um deles vem a morrer em casa do outro, não haverá a ação *locati*, nem a ação *conducti*, nem a ação de comodato, porque não se emprestou gratuitamente, mas haverá a ação *praescriptis verbis*.

§ 3.º – Há tamanha afinidade entre a venda e a locação, que em certos casos se discute se o contrato é uma locação ou uma venda. Tal é o

Scanned with CamScanner

caso dos terrenos que certas pessoas recebem para deles gozar perpetuamente, de sorte que o proprietário, enquanto lhe for paga a pensão ou renda, não os poderá tirar ao locatário, ou a seu herdeiro, nem a quem os adquirir do locatário ou de seu herdeiro, a título de venda, de doação, de dote, ou a qualquer outro. Como entre os antigos se duvidava sobre tal contrato, considerando-o uns como locação, e outros como venda, uma Constituição do imperador Zenon fez da enfiteuse um contrato especial, distinto da locação e da venda, com regras derivadas da convenção que lhe deu origem. As convenções que se fizerem se observarão como se derivassem da natureza do contrato, e, na falta de convenção sobre os riscos da coisa, o proprietário suportará a perda total, e o enfiteuta a perda parcial. Tal é o direito de que usamos.

§ 4.º – Igualmente se pergunta: quando Tício convenciona com um ourives que este, fornecendo o ouro, lhe faça anéis de certa forma e peso, mediante o pagamento, por exemplo, de dez moedas, há venda ou locação?

Cássio diz que há venda da matéria e locação da mão-de-obra, mas, na verdade, há uma venda. Se Tício der o ouro e convencionar salário pelo trabalho, há evidentemente locação.

§ 5.º – O locatário deve conformar-se em tudo com a lei do contrato, e nos pontos omissos as suas obrigações se regem pela eqüidade. Quem recebe roupas, prataria, ou animais para se utilizar deles mediante remuneração paga ou convencionada, deve ter a diligência que tem o pai de família mais cuidadoso com as suas coisas. Quando, apesar dessa diligência, a coisa perece por acidente, não fica obrigado a restituí-la.

§ 6.º – Se o locatário morre durante o contrato, o herdeiro sucede na locação.

Scanned with CamScanner

TÍTULO XXV

DA SOCIEDADE

(*De societate*)

Forma-se sociedade, ou de todos os bens, o que os gregos chamam *koinopraxian*, ou para um negócio especial, por exemplo, para comprar e vender escravos, óleo, vinho, trigo.

§ 1.º – Quando não existe convenção expressa sobre a participação de cada um nos lucros ou nas perdas, repartem-se estas coisas igualmente. Se houver convenção, será observada; nunca se duvidou da validade da cláusula pela qual dois sócios convencionam que uma terá dois terços do ganho ou das perdas, e o outro um terço.

§ 2.º – Duvidou-se da validade da cláusula pela qual Tício e Seio convencionam que o primeiro terá dois terços do ganho, e um terço das perdas, e o segundo, dois terços das perdas e um terço do ganho. Quinto Múcio considerava tal cláusula contrária à natureza da sociedade e, por conseguinte, nula.

Sérvio Sulpício, cuja opinião prevaleceu, sustentava o contrário, porque muitas vezes a indústria de certos sócios é de tal modo preciosa à sociedade que é justo admiti-los com maiores vantagens. Ninguém duvida que se possa formar uma sociedade, entrando um sócio, e não entrando outro sócio, com dinheiro, e repartindo-se os lucros, porque freqüentemente a indústria de um sócio equivale a dinheiro. E adotou-se a opinião de Sérvio, contrária à de Quinto Múcio, mesmo para reconhecer a validade da convenção que atribua a um dos sócios uma parte nos lucros, sem atribuir-lhe participação nas perdas. Essa regra se deve, entre-

Scanned with CamScanner

tanto, entender nestes termos: se houve aqui lucro e ali perda, compensam-se para se considerar como lucro somente o saldo.

§ 3.º – É regra incontestável que a participação, estabelecida só num caso, isto é, no lucro ou nas perdas, se aplica igualmente ao caso omisso.

§ 4.º – A sociedade dura enquanto dura o acordo dos sócios, e a renúncia de um só a dissolve. Se, todavia, renunciou de má-fé, para aproveitar-se sozinho de um lucro em perspectiva, por exemplo, se o sócio por todos os bens renuncia à sociedade para receber sozinho a herança, deverá trazer essa herança à comunhão. Mas, se lhe sobrevier um lucro não visado na sua renúncia, somente o renunciante aproveitará. O sócio do renunciante adquire sozinho tudo o que lhe advém posteriormente à renúncia.

§ 5.º – A sociedade dissolve-se também pela morte de um dos sócios, porque quem forma sociedade se liga a uma certa e determinada pessoa de sua escolha. A sociedade de mais de dois sócios se dissolve igualmente pela morte de um deles, ainda que sobrevivam muitos, salvo se, no contrato social, se tiver convencionado o contrário.

§ 6.º – A sociedade formada para fazer determinado empreendimento cessa com a realização do empreendimento.

§ 7.º – A sociedade se dissolve evidentemente pelo confisco de todos os bens de um sócio, porque este, tendo sucessor, se considera morto.

§ 8.º – Quando um sócio, estando insolvável, faz cessão de bens, e se lhe vendem os bens para pagar as dívidas públicas e privadas, a sociedade se dissolve. Mas, nesse caso, se os outros sócios concordam em continuar associados, forma-se uma nova sociedade.

§ 9.º – Responde o sócio para com o seu consócio pela ação *pro socio*, por dolo somente, como o depositário, ou também por culpa, isto é, por desídia e negligência? Essa questão foi controvertida e prevaleceu a opinião de que o sócio responde também por culpa. Contudo, essa culpa não tem por medida a máxima diligência, bastando que o sócio tenha prestado às coisas da sociedade os mesmos cuidados que prestaria às próprias coisas, pois quem se associa com um negligente só de si deve se queixar.

Scanned with CamScanner

Título XXVI

DO MANDATO

(*De mandato*)

O mandato forma-se de cinco modos, segundo alguém te outorgou mandato só no seu interesse, ou no seu e no teu, ou só no interesse de outrem, ou no seu e no de outrem, ou no teu e no de outrem. O mandato só no teu interesse é supérfluo, e por conseguinte não produz nem obrigação, nem a ação de mandato.

§ 1.º – O mandato se forma só no interesse do mandante, por exemplo, quando te encarrega de administrar seus negócios, ou de lhe comprares um terreno, ou de o afiançares.

§ 2.º – O mandato forma-se no teu interesse e no do mandante, quando, por exemplo, manda que emprestes dinheiro a juros a quem o toma para os negócios do próprio mandante, quando um fiador, a quem queres demandar como tal, manda que por sua conta e risco aciones o devedor principal, ou quando por sua conta e risco manda que estipules sobre o que te deve, com um seu devedor, que ele te delega.

§ 3.º – O mandato se forma no interesse de terceiro, por exemplo, quando te ordena que administres os negócios de Tício, que compres um terreno para Tício, ou que afiances a este.

§ 4.º – O mandato se forma no interesse do mandante e de terceiro, quando, por exemplo, te ordena que administres os negócios que tem em comum com Tício, que compres um terreno para si e para Tício, ou que afiances a ambos.

Scanned with CamScanner

§ 5.° – O mandato se forma no teu interesse e no de terceiro, quando te ordena que emprestes a juros a Tício. O mandato para emprestar sem juros é só no interesse de terceiro.

§ 6.° – O mandato forma-se só no teu interesse, por exemplo, quando te ordena que empregues o teu dinheiro na aquisição de imóveis, e não em empréstimos a juros, ou, ao contrário, que emprestes a juros, e não o empregues na aquisição de imóveis. Tal mandato é antes um conselho do que um mandato, e por isso não obriga, pois ninguém se obriga por um conselho, mesmo prejudicial ao mandatário, devendo cada um por si mesmo apreciar se lhe convém ou não segui-lo. Por conseguinte, se tendo contigo quantias por empregar, alguém te persuadir a que com elas faças uma compra ou um empréstimo, ainda que a compra, ou o empréstimo, não te traga vantagem alguma, não terá a ação de mandato contra ele. E chegou-se mesmo a duvidar se tens a ação de mandato contra a pessoa que te ordenou que emprestasses teu dinheiro a Tício. Adotou-se a opinião de Sabino, isto é, que esse mandato é obrigatório, porque não terias emprestado a Tício se não se houvesse sido ordenado.

§ 7.° – O mandato contrário aos bons costumes não é obrigatório, como, por exemplo, se Tício mandar que cometas um furto, um dano ou uma injúria. E se sofreres uma pena por esse fato, não tens ação alguma contra Tício.

§ 8.° – O mandatário não deve exceder os limites do mandato. Assim, se te ordenaram que comprasses um terreno, ou que afiançasses a Tício, até o total de cem moedas, não deves comprar, nem afiançar por maior quantia, pois não terás contra o mandante a ação de mandato. Sabino e Cássio entendiam que não tens ação de mandato, nem mesmo até o total das cem moedas. Mas os sectários da escola oposta pensam que te cabe ação até as cem moedas, e essa opinião é sem dúvida a mais aceitável. Se comprares por preço inferior ao fixado no mandato, terás ação contra o mandante, pois o mandato de comprar um prédio por cem moedas inclui o de comprar por menos se for possível.

§ 9.° – O mandato, embora validamente feito, perde o valor, quando revogado antes de se dar começo à execução.

§ 10 – O mandato se dissolve também quando, antes da execução, vem a morrer o mandante ou o mandatário. Todavia, motivos de utilida-

Scanned with CamScanner

de têm feito admitir que, se, depois da morte do mandante, e na ignorância dele, começaste a execução do mandato, terás a ação de mandato, pois a tua ignorância legítima e plausível não te deve causar prejuízo. Decidiu-se por analogia que, se Tício manumitiu seu intendente, o pagamento feito ao liberto exonera os devedores que ignoravam a manumissão, muito embora, no rigor do direito, não devessem ficar exonerados por terem feito a um o pagamento que deveriam fazer a outro.

§ 11 – A todos é facultado não aceitar o mandato, mas, desde que foi aceito, deve o mandatário executá-lo, ou dar aviso ao mandante da renúncia, para que o próprio mandante ou outrem possa executá-lo. Se a renúncia não foi feita de modo a facilitar inteiramente ao mandante a realização do ato, tem ele ação de mandato contra o mandatário, salvo se teve justos motivos que o impediram de renunciar ou de renunciar a tempo.

§ 12 – O mandato pode ser a termo ou sob condição.

§ 13 – Enfim, se o mandato não for gratuito, transforma-se noutro contrato, pois se torna locação desde que há paga. E para falar em termos gerais: em todos os casos em que existe depósito ou mandato, não havendo paga, existe locação, desde que há paga. Pelo que, quando se dão roupas a um tintureiro para lavá-las, ou a um alfaiate para consertá-las, sem fixação, nem promessa de pagamento, cabe a ação de mandato.

Scanned with CamScanner

Título XXVII

DAS OBRIGAÇÕES QUASE-CONTRATUAIS

(*De obligationibus quasi ex contractu*)

Depois de termos enumerado os diferentes contratos, examinemos outras obrigações que não nascem precisamente de um contrato, mas que, entretanto, por não derivarem de um delito, se consideram formadas como por um contrato (*quasi ex contractu*).

§ 1.º – Assim, quando alguém administrou os negócios de um ausente, originaram-se para ambos ações recíprocas, chamadas gestão de negócio (*negotiorum gestoru*coisas*m*).

O dono dos negócios administrados tem a ação direta contra o gestor, e este, contra aquele, a ação contrária. Tais ações não nascem propriamente de contrato, porque resultam da gestão de negócios de outrem sem mandato, e o dono dos negócios fica obrigado mesmo sem o saber. Tal instituição foi admitida por sua utilidade, a fim de evitar que ficassem no abandono os negócios dos ausentes, forçados a partir de repente, sem tempo de confiar a sua administração a ninguém, e pessoa alguma deles cuidaria se não tivesse ação para receber o que despender. A gestão obriga aqueles cujos negócios foram administrados para com quem utilmente os geriu, e, reciprocamente, este último deve prestar contas de sua administração. As contas serão prestadas exigindo-se a máxima diligência que costuma empregar em seus próprios negócios, desde que outro mais diligente tivesse administrado melhor.

§ 2.º – Também os tutores, sujeitos à ação de tutela, não se obrigam precisamente por um contrato, pois não há contrato entre o tutor e o pu-

Scanned with CamScanner

pilo. Como, porém, as obrigações do tutor não se originam de um delito, consideram-se obrigados por um quase-contrato. As ações nesse caso são igualmente recíprocas, pois não só o pupilo tem contra o tutor a ação de tutela, mas também o tutor tem contra o pupilo a ação de tutela contrária, quando fez despesas, ou se obrigou, ou deu seus bens em garantia aos credores do pupilo.

§ 3.º – Do mesmo modo, quando uma coisa é comum a várias pessoas, entre as quais não há sociedade, por exemplo, quando a coisa lhes foi legada ou doada conjuntamente, se uma delas, por ter recebido sozinha os frutos dessa coisa, ou por ter a outra feito despesas necessárias, ficar responsável para com a outra pela ação de divisão (*communi dividundo*), não fica obrigada por um contrato, pois não houve contrato algum, mas, como a obrigação não deriva de um delito, considera-se que deriva de um quase-contrato.

§ 4.º – O mesmo diremos do herdeiro que, pelas mesmas causas, se acha sujeito para com seu co-herdeiro à ação de partilha (*familiae erciscundae*).

§ 5.º – O herdeiro é também obrigado para com o legatário, não em virtude de um contrato, pois não se pode dizer que o legatário tenha feito contrato algum, quer com o herdeiro, quer com o *de cujus*. Todavia, como a obrigação do herdeiro não deriva de um delito, se considera nascida de um quase-contrato.

§ 6.º – Aquele a quem por erro se fez um pagamento indevido, torna-se devedor por um quase-contrato. E tanto é verdade que a sua obrigação não deriva de um contrato, que, em rigor, poderíamos dizer, como já acima dissemos, que deriva de um distrato, porquanto quem dá dinheiro em pagamento antes extingue o contrato, do que contrata. Contudo, o pagamento que uma pessoa recebe obriga-a como se houvesse recebido por empréstimo, e fica sujeito portanto à condição.

§ 7.º – Há, porém, alguns casos em que não é dado repetir o que por erro se pagou indevidamente. Os antigos decidiram que, nos casos em que a negação aumenta a importância da condenação, a coisa indevidamente paga não podia ser repelida, por exemplo, quando se demandava em virtude da lei Aquilia ou de um legado. Aplicavam essa regra aos legados de valor determinado, deixados por condenação (*per condemnationem*) a uma pessoa qualquer.

Scanned with CamScanner

Uma de nossas Constituições assimilou os legados aos fideicomissos e estendeu a uns e outros esse aumento em virtude da negação. Não o estendeu, porém, com relação a todos os legados, mas somente aos legados e fideicomissos deixados às santas igrejas e a outros lugares veneráveis, gratificados por espírito de devoção ou de caridade.

Tais legados, embora pagos indevidamente, não podem ser repelidos.

Scanned with CamScanner

TÍTULO XXVIII
DAS PESSOAS PELAS QUAIS ADQUIRIMOS OBRIGAÇÃO
(*Per quas personas nobis obligatio adquiritur*)

Temos exposto as diferentes obrigações que se formam por um contrato ou por um quase-contrato. Importa agora saber que as adquirimos não só por nós próprios, mas também pelas pessoas que se acham sob o nosso poder, isto é, por nossos escravos e por nossos filhos. O que adquirimos por nossos escravos somente a nós pertence. Quanto aos descendentes sob o nosso poder, o que adquirirem em virtude de uma obrigação se divide na conformidade do que a nossa Constituição estabeleceu distinguindo entre a propriedade e o usufruto.

Assim, o pai terá o usufruto e o filho a propriedade das coisas que a ação produzir, e esta será movida pelo pai, na conformidade da distinção estabelecida em nossa Constituição.

§ 1.º – Adquirimos também a obrigação por meio de homens livres e escravos de outrem que possuirmos de boa-fé, mas só nestes dois casos: quando provém do trabalho deles ou de nossa própria coisa.

§ 2.º – Nestes mesmos dois casos, adquirimos também pelo escravo sobre o qual temos o usufruto ou o uso.

§ 3.º – É certo que o escravo, pertencente a vários senhores, adquire para todos, na proporção da parte pela qual pertence a cada um, salvo quando estipula, ou quando lhe fazem tradição, para um dos senhores nominalmente. Neste caso, só adquire para o senhor nomeado, como

Scanned with CamScanner

quando, por exemplo, estipula nestes termos: *Prometes dar a Tício, meu senhor?*

Quando o escravo estipula por ordem de um só dos senhores, havia antigamente dúvidas, mas dissipou-as a nossa Constituição: o escravo adquire unicamente para o senhor de quem recebeu ordem, como já dissemos acima.

Scanned with CamScanner

Título XXIX

DOS MODOS DE EXTINGUIR A OBRIGAÇÃO

(*Quibus modis obligatio tollitur*)

Toda obrigação se extingue com o pagamento da coisa devida, ou de outra em seu lugar, desde que o credor o consinta. Pouco importa que o pagamento seja feito pelo próprio devedor, ou por outrem em seu lugar, pois o devedor fica exonerado pelo pagamento que outrem faz, quer com o seu consentimento, quer sem ciência sua, quer contra a sua vontade. O devedor que paga libera os que se obrigaram por ele, e, reciprocamente, o fiador que paga libera a si próprio e ao devedor.

§ 1.° – A obrigação se extingue ainda pela aceptilação, sendo esta um pagamento fictício. Se Tício quiser perdoar o que se lhe deve por uma obrigação verbal, poderá fazê-lo, pronunciando o devedor estas palavras: *Consideras recebido o que te prometi?*, e respondendo Tício: *Considero.*

A aceptilação pode também fazer-se em grego, contanto que as expressões correspondam às usadas em latim: *Écheis labôn dênária tósa? Echô labôn.* Esse modo de extinção se aplica, como dissemos, às obrigações verbais, não às outras. Considerou-se lógico que uma obrigação contraída por palavras se extinguisse por outras palavras, mas a obrigação resultante de outra causa pode transformar-se em estipulação e extinguir-se pela aceptilação.

Do mesmo modo que se pode pagar parte da dívida, pode-se fazer aceptilação sobre parte.

Scanned with CamScanner

§ 2.° – Existe uma estipulação chamada comumente Aquiliana, pela qual pode-se transformar uma obrigação qualquer em obrigação verbal, e extingui-la pela aceptilação. Com efeito, a estipulação Aquilina extingue pela novação todas as obrigações. Gallo Aquilio a redigiu assim:

"Aulo Agério estipulou nestes termos: Prometes dar-me o equivalente em dinheiro a tudo quanto me deves, ou vieres a dever, a dar ou a fazer, quer agora, quer a termo, ou o equivalente a qualquer coisa em virtude da qual tenho, ou vier a ter, contra ti ação, petição, ou execução, ou o equivalente a qualquer objeto que me pertencer que tenhas, detenhas, possuas, ou deixaste de possuir fraudulentamente? Numério Negídio assim o prometeu. Em seguida Numério Negício interrogou por sua vez Aulo Agério: Consideras recebido tudo quanto te prometi hoje pela estipulação Aquiliana? Auto Agério respondeu: Considero-o recebido".

§ 3.° – As obrigações se extinguem também por novação, quando, por exemplo, o que devias a Seio, este estipula com Tício. A intervenção de um novo devedor dá lugar a uma obrigação nova, e a primeira, substituída pela segunda, se extingue. Algumas vezes mesmo a segunda estipulação é nula, e, não obstante, a primeira se extingue pela novação, por exemplo, se o que devias a Tício ele estipulou com um pupilo sem autorização do tutor. Nesse caso extingue-se a obrigação, porque o primeiro devedor fica exonerado e a segunda obrigação é nula. Não acontece o mesmo quando se estipula com um escravo, porque em tal caso o primeiro devedor fica obrigado, porque em tal caso o primeiro devedor fica obrigado como se ninguém tivesse estipulado. Quando estipulas com o teu devedor, a novação só se opera se a segunda estipulação tem alguma coisa de novo, como a adição, ou a supressão, de uma condição, de um termo, ou de um fiador. Quando dizemos que ao inserir uma condição se opera a novação, queremos nos referir ao caso de ela se realizar. Se a condição se não realizar, subsiste a primeira obrigação.

Era ponto assentado entre os antigos que a novação se opera quando se contrai segunda obrigação com o ânimo de novar, mas suscitavam-se dúvidas sobre o saber quando existia o ânimo de novas, aplicando uns presunções que outros não admitiam. Por isso a nossa Constituição decidiu terminantemente que só se dará a novação quando os contratantes tiverem expressamente declarado que contrataram para novarem a primeira obrigação; aliás, subsistem a primeira obrigação e a segunda, fi-

Scanned with CamScanner

cando o devedor duplamente obrigado, nos termos de nossa Constituição, como melhor se verá de sua leitura.

§ 4.º – As obrigações formadas pelo consenso das partes se extinguem pela vontade contrária. Assim, se Tício e Seio convencionam a venda do prédio Tusculano a Seio pelo preço de cem moedas, e se, antes da execução, isto é, antes de entregue a coisa e pago o preço, convencionarem rescindir a compra e venda, ficam reciprocamente exonerados. O mesmo acontece na locação e nos demais contratos formados pelo consentimento.

LIVRO QUARTO

Scanned with CamScanner

TÍTULO I

DAS OBRIGAÇÕES QUE NASCEM DE UM DELITO

(*De obligationibus quae ex delicto nascuntur*)

Depois de havermos exposto, no livro anterior, as obrigações contraídas por contrato e por quase-contrato, examinemos agora as que resultam do delito. Aquelas, como já dissemos, dividem-se em quatro espécies; estas, ao contrário, são de uma só e mesma espécie, nascendo, todas, do fato, isto é, do próprio delito, a saber, do furto, roubo, dano ou injúria.

§ 1.º – *Furto é o apossamento fraudulento de uma coisa, de seu uso, ou de sua posse, delito este proibido pela lei natural.*

§ 2.º – A palavra *furtum* (*furto*) deriva ou de *furvum,* que significa *negro,* porque o furto se faz no escuro, escondido, na obscuridade, e, na maioria das vezes, de noite, ou deriva de *fraus* (*fraude*), ou ainda de *ferre* (*levar*), ou, por fim, da palavra grega *phor,* que significa *ladrão.* Os gregos, entretanto, derivam *phor* de *pherein.*

§ 3.º – Há duas modalidades de furtos: o furto manifesto e o furto não-manifesto. As palavras *concepto* e *oblato,* como mais tarde veremos, designam outras espécies de ações, resultantes do furto, e não espécies de furto. Ladrão manifesto é o que os gregos denominam *autophóro,* porque é apanhado em flagrante delito, ou no lugar do furto, tal como o que, depois de furtar numa casa, é apanhado antes de sair dela, ou o que, depois de furtar azeitonas em olival, ou uvas em uma vinha, é apanhado no olival ou na vinha.

Scanned with CamScanner

Entretanto, o furto manifesto tem maior abrangência, bastando que o ladrão tenha sido visto ou apanhado pelo proprietário ou por outrem, em lugar público ou privado, levando a coisa furtada nas mãos, antes de chegar ao lugar onde pretendia levá-la e abandoná-la. Se, porém, o ladrão chegou a seu destino, mesmo que o prendam com a coisa furtada nas mãos, o furto não é manifesto.

Do que dissemos sobre o furto manifesto, conclui-se que os demais furtos são não-manifestos.

§ 4.º – O furto é denominado *concepto* (concebido), quando a coisa furtada foi procurada e encontrada em casa de alguém na presença de testemunhas; nesse caso, contra aquele em cujo poder foi achada, ainda que não a tenha furtado, cabe ação especial, que recebe o nome de ação *concepti*. O furto é denominado *oblato*, quando a coisa furtada te foi oferecida por alguém, tendo sido procurada e encontrada em teu poder, sendo que aquele que te ofereceu a coisa procedeu desse modo, para que fosse encontrada, em teu poder, e não em poder dele. Nesse caso, tens contra este último, embora não seja ele o ladrão, a ação chamada *oblati*.

Há também a ação de furto proibido contra aquele que se opõe à busca que se quer fazer perante testemunhas. Além disso, o edito do pretor, por meio *da ação de furto não exibido*, comina pena contra quem não exibiu a coisa furtada que foi procurada e achada em seu poder. As ações *concepti* e *oblati* (de furto proibido e de furto não exibido) caíram de uso. Com efeito, desde que a busca da coisa furtada não se faz mais segundo o rito antigo, tais ações, com razão, deixaram de ser usadas. É, aliás, claro que todo aquele que recebe e oculta conscientemente a coisa furtada fica sujeito à ação de furto não-manifesto.

§ 5.º – A pena cominada ao furto manifesto, cometido por escravo, ou por homem livre, é quádrupla e a do furto não-manifesto é dobrada.

§ 6.º – *Dá-se furto quando alguém leva coisa alheia para subtraí-la, e também, em geral, quando alguém tira coisa alheia contra a vontade do dono.* Assim, cometem o crime de furto o credor que se serve do bem penhorado; o depositário que se serve da coisa depositada; o comodatário que, depois de haver recebido a coisa para determinado uso, a emprega em uso diferente, como, por exemplo, quando, a pretexto de convidar amigos para uma ceia, alguém toma emprestada uma baixela

Scanned with CamScanner

de prata, levando-a embora, ou quando, tendo pedido um cavalo para passear, dirige-o a outro lugar mais longe. Os antigos assim resolveram relativamente a um comodatário que levou para a guerra o cavalo cujo uso lhe fora confiado.

§ 7.° – Decidiu-se, entretanto, que, para cometer furto pelo uso da coisa em fim diverso daquele para o qual lhe fora dada em comodato, é preciso que se proceda contra a vontade do dono e com a convicção de que ele não o consentiria se tivesse sido avisado; em caso contrário, não há crime. Essa distinção é justa, porque não há furto se não há intenção de furtar.

§ 8.° – Não há furto quando o comodatário acredita que está agindo contra a vontade do dono, e este, ao contrário, dá-lhe a anuência. Daí propor-se o seguinte problema: Tício pede ao escravo de Mévio que este furte de seu senhor certa coisa para lhe trazer, mas o escravo denuncia o fato a Mévio, o qual, para surpreender Tício em flagrante, permite que o escravo lhe carregue a coisa.

Ficará Tício sujeito à ação de furto? À ação de corrupção do escravo? Ou a nenhuma delas? Como nos fosse apresentada essa questão, examinamos as controvérsias suscitadas pelos antigos jurisconsultos, dos quais uns não davam nem a ação de furto, nem a ação de corrupção de escravo. É verdade que os maus conselhos dados ao escravo não o corromperam, e, assim, as condições da ação de furto e da corrupção do escravo não se acham reunidas, mas, por outro lado, a intenção de corromper o escravo era clara.

Por isso, mover-se-á a ação penal como se, efetivamente, o escravo se tivesse corrompido, mesmo para que não se encorajasse, com a impunidade de um, a tentativa do mesmo delito com outros escravos de corrupção é mais fácil.

§ 9.° – Furtam também, às vezes, pessoas livres, como no caso em que o descendente sujeito ao pátrio poder subtrai coisa do ascendente.

§ 10 – É possível cometer furto sobre a própria coisa, como no caso em que o devedor subtrai do credor a coisa que lhe dera em penhor.

§ 11 – Às vezes responde por furto quem não o cometeu, como, por exemplo, no caso em que auxiliou ou aconselhou para que se cometesse.

Scanned with CamScanner

Estão nesse caso o que fez cair no chão teu dinheiro para que outrem o pegasse, o que te prende para que alguém se apodere de tuas coisas, o que afugenta tuas ovelhas e os teus bois para que outrem os furte. Os antigos assim decidiram a respeito de certo homem que espantou uma boiada com um pano vermelho.

Se alguém pratica tais atos por leviandade, e não para facilitar um furto, fica responsável pela ação *in factum*, mas se Mévio ajudou Tício a cometer um furto, ambos são responsáveis. Dá também auxílio e conselho para cometer furto aquele que coloca uma escada debaixo de uma janela, ou arromba porta ou janela, a fim de que outrem furte, ou o que fornece instrumento para o arrombamento, ou escada para a escalada, sabendo com que finalidade são pedidos. Aquele que, sem prestar auxílio para a prática de furto, dá somente conselho e estímulo não responde pela ação de furto.

§ 12 – As pessoas sujeitas ao pátrio poder do ascendente, ou do senhor, cometem furto, quando lhes subtraem alguma coisa. A coisa torna-se furtiva, e ninguém pode usucapi-la, enquanto não retornar à posse do dono. Todavia, não se dá a ação de furto, pois nenhuma ação, qualquer que seja a sua causa, pode originar-se entre tais pessoas.

Se o furto foi cometido com auxílio e conselho de terceiro, este responde pela ação de furto, pois concorreu com auxílio e conselho.

§ 13 – Cabe a ação de furto àqueles a quem interessa a conservação da coisa, ainda que não sejam dela proprietários. A ação só cabe ao proprietário quando este tem interesse em que a coisa não se perca.

§ 14 – O credor pode, ao lhe furtarem a coisa dada em penhor, entrar em ação de furto, ainda que seu devedor seja solvável, pois a garantia do penhor lhe é mais vantajosa do que a ação pessoal. Compete a ação de furto ao credor, mesmo quando o devedor tiver sido o ladrão.

§ 15 – Analogamente, sendo furtadas roupas, entregues ao tintureiro para limpar, ou ao alfaiate para consertar, mediante pagamento, a ação de furto lhes compete, e não ao proprietário, pois a este a perda é indiferente, pois ele pode, pela ação *locati*, pedir indenização ao alfaiate ou ao tintureiro.

Ao comprador de boa-fé compete, bem como ao credor, a ação do furto, embora não seja ele dono da coisa que lhe furtaram. O tintureiro e

Scanned with CamScanner

o alfaiate só têm ação de furto sendo solváveis, isto é, podendo pagar ao proprietário o valor da coisa. Do contrário, o proprietário não poderá ser indenizado por eles, competindo-lhe, neste caso, a ação de furto, pois ele tem interesse na conservação da coisa. O mesmo ocorre quando o tintureiro ou o alfaiate somente são solváveis em parte.

§ 16 – Os antigos aplicavam ao comodatário o que escrevemos a respeito do tintureiro e do alfaiate. Na verdade, do mesmo modo que o tintureiro, por receber pagamento, responde pela guarda da roupa, o comodatário, que recebe a coisa, para usá-la, também responde por sua guarda.

Uma de nossas Constituições reformou, porém, esse ponto. Fica ao arbítrio do dono entrar com ação de comodato contra o comodatário, ou com ação de furto contra o ladrão, mas não poderá, depois de ter optado por uma, arrepender-se e recorrer à outra. Se mover ação de furto fica inteiramente desobrigado o comodatário, e se mover ação de comodato perde a ação de furto contra o ladrão. Ao comodatário cabe a ação de furto contra o ladrão, se sofreu a ação de comodato, tendo tido o comodante conhecimento do furto. Se o proprietário exerceu a ação de comodato, ignorando ou duvidando se a coisa estava, ou não, em poder do comodatário, mais tarde, ao saber da verdade, pode desistir da ação de comodato para mover a ação de furto contra o ladrão, porque, ao mover a ação de comodato, não o fazia com conhecimento de causa. Excetua-se o caso de haver sido pago pelo comodatário, pois o ladrão fica inteiramente exonerado da ação de furto por parte do proprietário, mas sujeito à ação de furto por parte do comodatário que pagou o valor da coisa.

Quando o proprietário, ignorando o furto, propõe a ação de comodato, e mais tarde, informado deste evento, intentou a ação de furto contra o ladrão, é evidente que o comodatário fica inteiramente desobrigado, seja qual for o resultado da ação que o proprietário exerceu contra o ladrão. Aplica-se esta mesma regra ao comodatário, sem distinguir se é solvável no todo ou em parte.

§ 17 – O depositário de uma coisa não responde por sua guarda, exceto se procedeu com dolo mau. Por conseguinte, se a coisa lhe foi furtada, ele não tem interesse em sua conservação, por não ser obrigado a restituí-la pelo contrato de depósito e, por isso, não pode entrar com ação de furto, a qual compete ao proprietário.

Scanned with CamScanner

§ 18 – Ficou-se na dúvida se o impúbere, ao subtrair coisa alheia, cometeria furto. Desde que não existe furto sem intenção, o impúbere só responde por este fato quando, próximo à puberdade, tem consciência do ato criminoso.

§ 19 – A ação de furto, tanto a do dobro como a do quádruplo, tem por objeto tão-só a aplicação de uma pena, pois a entrega da coisa pode ser obtida pela reivindicação ou pela condição, cabendo a reivindicação contra o possuidor, pouco importando se o furto foi praticado por ele ou por outrem. A condição, ao contrário, só cabe contra o ladrão ou seu herdeiro, ainda que não mais a possua.

Scanned with CamScanner

Título II

DOS BENS ROUBADOS COM VIOLÊNCIA

(De bonis vi raptis)

Quem, mediante força, subtrai a coisa do poder de outrem, fica também sujeito à ação de furto. Quem mais contraria a vontade do dono do que aquele que lhe toma algo à força? Por isso se chamou, ao que rouba, ladrão perverso, mas, o pretor introduziu uma ação especial relativa a esse delito, que tem o nome de ação de roubo de bens (*vi bonorum raptorum*). No decurso de um ano, essa ação é quádrupla, depois de um ano é simples, mas cabe, mesmo por uma só coisa, ainda que mínima. O quádruplo não é somente a título de pena, independentemente da restituição da coisa, como no furto manifesto, mas compreende a restituição da coisa, de modo que a pena é tripla, quer o ladrão tenha sido ou não apanhado em flagrante delito. Absurdo seria a lei apresentar-se menos severa com os que subtraem à força, do que com os que subtraem às escondidas.

§ 1.º – Esta ação só cabe contra ladrão que agiu com dolo mau. Deve absolver-se o que rouba a coisa da qual se julga, erroneamente, dono, acreditando, por erro de direito, que o dono pode empregar força para tirar a coisa das mãos do possuidor. O ladrão que agiu com essa convicção não fica sujeito à ação de furto.

Todavia, para evitar que, com tais pretextos, achem os ladrões meios de aumentar sua cobiça, Constituições Imperiais dispuseram que nenhuma coisa móvel ou semovente pode ser tomada à força de quem se julga dono. Por essa infração a essas disposições, o ladrão, se for dono, perde a pro-

Scanned with CamScanner

priedade da coisa, e, se não o for, será obrigado a restituí-la, pagando além disso o seu valor. O mesmo ocorre, em virtude das Constituições, não apenas com coisas móveis, que podem ser tiradas, mas também com imóveis ao serem invadidos, para que todos se abstenham de violência.

§ 2.º – Não se exige para essa ação que a coisa pertença ao patrimônio do autor. Quer a coisa tenha integrado o seu patrimônio, quer não, cabe a ação, se a coisa foi tirada dentre seus bens. Por conseguinte, essa ação compete a Tício, se este for locatário, comodatário, credor pignoratício da coisa roubada, se é depositário, tendo interesse em não ser roubada, tendo, prometido, por exemplo, que responderia por culpa, se é possuidor de boa-fé, ou se tem usufruto ou qualquer outro direito em decorrência do qual tenha interesse em que a coisa não seja roubada. Mediante essa ação, pedirá não a propriedade da coisa, mas só o que lhe foi tirado dentre seus bens, a saber, de seu patrimônio.

Regra geral, em todos os casos em que a subtração clandestina da coisa enseja a ação de furto, cabe a ação de roubo.

Scanned with CamScanner

Título III

DA LEI AQUILIA

(De lege Aquilia)

A ação de dano, causado injustamente, é baseada na lei Aquilia. Pelo capítulo primeiro dessa lei, *quem mata injustamente escravo ou quadrúpede alheio, dos que se consideram gado, será condenado a pagar ao dono o maior valor que a coisa tiver alcançado durante o ano.*

§ 1.º – Não fala a lei precisamente de quadrúpede, mas somente de gado e, por isso, não se aplica a cães e animais selvagens, mas só aos que vivem de pastagens, como cavalos, mulas, asnos, bois, carneiros e cabras. O mesmo se diz dos porcos, porque eles estão incluídos na denominação de gado, porque pastam em varas.

Homero, na *Odisséia*, escreveu, segundo refere Élio Marciano nas suas *Institutas*:

"Viam-no a apascentar porcos junto às rochas

Do Corax, e na cristalina fonte Aretusa"

(Homero, *Odisséia,* XIII, v. 407).

§ 2.º – Matar injustamente é matar sem nenhum direito, mas, quem mata o ladrão não responde por esta ação, se não teve outro meio de evitar o perigo.

§ 3.º – Também não se aplica essa lei a quem mata casualmente, desde que não haja nenhuma culpa de sua parte, porque, em caso contrário, por força dessa lei, não é menos responsável pelo dolo do que pela culpa.

Scanned with CamScanner

§ 4.º – Assim, se alguém, ao atirar dardos por divertimento ou exercício, fere o teu escravo, que passava, cumpre distinguir se o acidente ocorreu com um militar no campo, ou em lugar destinado a exercícios; não há culpa alguma, mas haverá culpa, se a pessoa não for militar, ou se o acidente, causado por militar, tiver ocorrido em lugar outro que não o destinado a exercícios militares. Se outra pessoa, porém, atirou o dardo, será réu de culpa.

§ 5.º – Se um lenhador, com um ramo cortado do alto da árvore, matou o teu escravo que passava, é réu de culpa, se o fez junto a estrada pública ou vicinal e se não gritou para evitar o acidente; mas o lenhador não tem culpa se gritou e o escravo não tomou cuidado. O mesmo ocorre quando alguém corta madeira longe da via pública, ou no meio de sua propriedade, e, neste caso, ainda que não tenha gritado, está isento de culpa, pois nenhum estranho tem direito de passar por esse lugar.

§ 6.º – Incide em culpa o médico que, depois de ter operado o escravo, abandona, no meio, o tratamento, vindo o escravo a falecer por isso.

§ 7.º – A imperícia também é considerada culpa, como no caso em que o médico mata o escravo por tê-lo operado mal, ou por lhe haver administrado medicamentos contra-indicados.

§ 8.º – Se teu escravo foi esmagado pelo ímpeto do animal, que o camponês, por imperícia, não conseguiu refrear, este incide em culpa. E haverá culpa ainda que não o tenha podido conter por fraqueza, quando outro mais forte poderia tê-lo contido. Aplica-se o mesmo ao cavaleiro que, por imperícia ou fraqueza, não pôde conter o arranco do cavalo.

§ 9.º – Essas palavras da lei: "O maior valor que a coisa teve durante o ano", significam que, por exemplo, se mataram um teu escravo, que, na ocasião da morte, estava manco, maneta ou caolho, mas que tinha conservado íntegros os demais membros, e, pois, era dotado de grande valor durante o ano, a responsabilidade não é pelo seu valor atual, mas pelo mais alto valor que teve durante o ano.

Concluiu-se disso que a ação dessa lei é penal, porque a responsabilidade não é só pelo dano causado, mas algumas vezes por muito mais. Daqui resulta também que essa ação não se transmite aos herdeiros, como sucederia se a condenação não fosse superior ao dano.

Scanned with CamScanner

§ 10 – Decidiu-se não de acordo com o texto estrito da lei, mas por interpretação, que é preciso levar em consideração não somente, como dissemos, a coisa que pereceu, mas também todos os prejuízos que o perecimento causou, como, por exemplo, se teu escravo, instituído herdeiro por um estranho, foi morto antes de adir por tua ordem, quando, então, se toma em consideração a herança perdida igualmente se mataram um animal de uma parelha, ou um cavalo de uma quadriga, ou se foi morto um dos escravos de uma companhia de comediantes, não se conta só o que foi morto, mas também se contará a depreciação sofrida pelos demais.

§ 11 – O dono de um escravo, que foi morto, pode não só pedir a reparação do dano pela ação privada da lei Aquilia, como também acusar o assassino de réu de crime capital.

§ 12 – O segundo capítulo da lei Aquilia não tem mais aplicação.

§ 13 – O terceiro capítulo da lei dispõe sobre todas as outras espécies de danos. Assim se aplica essa lei a quem tiver matado ou ferido escravo ou quadrúpede também considerado gado, ou mesmo quadrúpede que não se considera gado, como o cão ou o animal selvagem. Essa parte da lei pune não só o dano causado injustamente a qualquer outro animal, como também a coisas inanimadas. Com efeito, cabe essa ação quando a coisa foi queimada, rasgada ou quebrada. A denominação *rota* (*ruptum*) poderia, em si, compreender todos os casos, pois esse vocábulo significa o que foi, por qualquer meio, rompido (*corruptum*). Daí porque essa palavra designa não só coisas quebradas e queimadas, como também coisas rachadas, contundidas, derramadas, ou, em uma só palavra, deterioradas por qualquer causa. Finalmente ficou decidido que, se alguém misturou com vinho ou óleo de outrem substâncias que lhes alteraram o gosto natural, responde essa pessoa por força desta.

§ 14 – Assim como os que matam escravo, ou quadrúpede, só respondem, em decorrência do primeiro capítulo dessa lei, em casos de dolo ou culpa; do mesmo modo, só há responsabilidade por quaisquer outros danos, em virtude deste capítulo, quando houver culpa ou dolo. Todavia, o autor do dano é responsabilizado não pelo valor da coisa, durante esse ano, mas por quanto ela valia nos últimos trinta dias.

§ 15 – A palavra *plurimi* (*mais, o maior valor*) não se encontra neste capítulo, mas Sabino decidiu com sabedoria que se deve calcular o valor

Scanned with CamScanner

como se se houvesse incluído tal palavra, pois a plebe, ao fazer essa lei, proposta pelo tribuno Aquílio, julgou suficiente ter usado essa palavra na primeira parte do texto.

§ 16 – A ação direta dessa lei somente é proposta contra quem, com o próprio corpo, causou dano, pois contra aquele que causou dano, por qualquer outro modo, cabem as ações úteis. Assim, por exemplo, cabe a ação útil contra quem prendeu teu escravo, ou teu animal, de modo que ele morreu de fome, ou forçou tanto o animal que o arrebentou, ou espantou o gado de modo que este se lançou num precipício, ou persuadiu o escravo alheio a que subisse a uma árvore, ou que descesse a um poço, morrendo, ou ferindo-se, em alguma parte do corpo ao subir ou descer. Aplica-se, porém, diretamente a lei Aquilia àquele que de uma ponte ou ribanceira atirou ao rio escravo alheio que se afogou, pois o precipitou, e não há dificuldade em se admitir que causou dano com o próprio corpo. Se, porém, o autor do dano não o causou com o próprio corpo, nem lesou corpo algum, mas causou o dano de qualquer outro modo, não lhe cabe nem a ação direta, nem a ação útil da lei Aquilia, e, por isso, cabe contra ele a ação *in factum*, quando, por exemplo, alguém, por piedade, livrou dos grilhões o escravo alheio, para que fugisse.

Scanned with CamScanner

TÍTULO IV
DOS ATOS CONTRÁRIOS AO DIREITO
(*De injuriis*)

A palavra *injúria,* em acepção lata, significa *todo ato contrário ao direito*. Em sentido estrito, significa ora *ultraje*, que vem da palavra *ultrajar* (*contemnere*), ou em grego *hubris,* ora *culpa*, em grego *adíkema,* como na lei Aquilia, quando se diz que o dano foi causado por injúria, iniqüidade ou injustiça, que os gregos chamam *adikian* e, assim, se diz que sofreu injúria aquele contra o qual o pretor ou o juiz prolataram sentença injusta.

§ 1.º – Comete *injúria* não somente aquele que dá soco, varada ou qualquer outro tipo de golpe, como também aquele que provoca escândalo em torno de outrem, toma posse de seus bens, pretendendo-se credor, sabendo que nada lhe é devido, escreve, compõe, ou publica libelo ou versos infamantes, ou persuade a que outrem o faça, com dolo mau assedia a mãe de família, rapaz ou moça, ou comete atentado contra o pudor de alguém. Também de muitos outros modos se comete injúria.

§ 2.º – A injúria incide não só sobre a própria pessoa, como também sobre a dos descendentes que estão sob seu pátrio poder, e mesmo sobre a pessoa da mulher, tendo esta última opinião prevalecido. Se, pois, injuriares a filha de alguém, casada com Tício, poder-se-á mover, contra ti, a ação de injúria, não só em nome da filha, mas também em nome do pai e do marido. Ao contrário, se a injúria foi feita ao marido, não pode a mulher mover a ação. A justiça erige o marido defensor da mulher, não a

Scanned with CamScanner

mulher defensora do marido. O sogro pode também mover ação de injúria em lugar da nora, cujo marido se ache sob o seu pátrio poder.

§ 3.º – Não há, propriamente, injúria pessoal contra escravo, considerando-se, no caso, que a injúria foi feita ao senhor. Todavia, não se considera esta do mesmo modo que a feita aos descendentes e à mulher, sendo necessário que os fatos sejam de tal modo graves que acarretem evidentemente ofensa ao senhor. Assim, por exemplo, cabe ação contra o que chicotear atrozmente escravo alheio e não contra quem suscitar escândalo com o escravo, ou lhe der um soco.

§ 4.º – Quando se comete injúria ao escravo comum, a eqüidade manda que o cálculo estimativo se faça não segundo a parte de cada um na propriedade, mas em razão das pessoas dos senhores, pois são eles os injuriados.

§ 5.º – Se Tício tem o usufruto e Mécio tem a propriedade do escravo, entende-se que a injúria foi feita a Mécio e não a Tício.

§ 6.º – Se a injúria foi feita a homem livre que te serve de boa-fé, não terás o direito de ação, mas ele mesmo, o injuriado, poderá agir no próprio nome, salvo se o espancaram para te ultrajar, pois tens, também, nesse caso, o direito à ação de injúria. O mesmo diremos a respeito do escravo alheio que te serve de boa-fé, caso em que não terás direito à ação de injúria, a não ser quando feita para te ultrajar.

§ 7.º – A pena fixada no caso de injúrias, segundo a Lei das XII Tábuas, era, em razão de membro quebrado, a pena de talião, por osso fraturado, caso em que havia penas pecuniárias por causa da pobreza muito generalizada entre os antigos. Mais tarde, os pretores permitiam que o juiz condenasse o culpado a pagar a quantia estimada, ou quantia menor, se isso lhe parecesse conveniente. A pena de injúria, fixada na Lei das XII Tábuas, caiu em desuso, mas a pena introduzida pelos pretores, também chamada honorária, está, ao contrário, em freqüente uso.

Na verdade, a estimativa da injúria cresce ou decresce, segundo a dignidade e consideração moral do injuriado, e a graduação da pena se observa, com justiça, mesmo relativamente aos escravos, sendo, porém, a estimativa diferente para o escravo mais elevado, para o de classe média e para o de última classe ou acorrentado.

Scanned with CamScanner

§ 8.º – Além disso, a lei Cornélia trata das injúrias, tendo introduzido uma ação de injúria em prol de quem foi empurrado, espancado ou obrigado a recolher-se a sua casa. Por *casa* entende-se a "casa em que alguém habita", como proprietário, locatário, habitante gratuito ou hóspede.

§ 9.º – A injúria considera-se atroz, por exemplo, no caso em que alguém é ferido ou açoitado com uma vara, ou pelo lugar em que a sofreu, como quando foi injuriado no teatro, na praça pública, ou na presença do pretor, ou pela pessoa, como quando a injúria foi feita a um magistrado, ou a um senador por homem de baixa condição, a um ascendente ou o patrono por seus descendentes ou libertos, a um ascendente ou patrono por seus descendentes ou libertos. Com efeito, a injúria feita a senador, a ascendente e ao patrono considera-se diferentemente da feita a homem de baixa condição ou a estrangeiro. Algumas vezes, é o lugar do ferimento que torna a injúria mais grave, como, por exemplo, quando o golpe atingiu um dos olhos, pouco importando, no caso, que a injúria tenha sido feita ao pai ou ao filho de família, pois sempre é considerada grave.

§ 10 – Finalmente, em toda espécie de injúria, tem-se o direito de ação penal ou civil. Na ação civil, consiste a pena em uma quantia calculada conforme deixamos dito. Na ação penal, o juiz aplica de ofício ao culpado uma pena extraordinária. Cumpre, todavia, considerar que uma Constituição de Zeno permitiu aos varões ilustres, e aos de dignidade superior, propor e contestar a ação penal de injúria, conforme se pode melhor ver do próprio texto.

§ 11 – Responde também por ação de injúria não somente quem a cometeu, como, por exemplo, quem esbofeteou, mas também quem, por dolo, fez ou concorreu para que fosse esbofeteado.

§ 12 – Extingue-se esta ação pela dissimulação. Aquele que não fez caso da injúria, isto é, que, ao recebê-la, não se mostrou aborrecido, não pode, mais tarde, arrependendo-se, reclamar da injúria que já perdoara.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título V

DAS OBRIGAÇÕES QUE NASCEM DO QUASE-DELITO

(*De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*)

Se um juiz *fez sua a causa*, não se considera propriamente obrigado por um delito. Como nesse caso o juiz também não responde por contrato, tendo, entretanto, cometido, talvez por ignorância, uma falta, considera-se responsável não por um delito, mas por um quase-delito (*quasi ex maleficio*), pelo que será condenado à estimação da coisa, apreciada eqüitativamente pela consciência do juiz.

§ 1.º – Do mesmo modo, o que habita, como proprietário, locatário, ou gratuitamente, um sobrado, de onde foi derrubado algum objeto (*dejectum, effusum*), que causou dano a outrem, considera-se obrigado por um quase-delito. Na verdade, não se pode dizer que responda pela culpa alheia, pela de um escravo ou pela de um descendente. O mesmo diremos de quem tem um objeto posto ou pendurado sobre a via pública (*positum aut suspensum*), cuja queda poderá prejudicar alguém. Nesse caso, comina-se a pena de dez moedas de ouro. Para as coisas derrubadas ou derramadas, a ação é do dobro do prejuízo causado. A pena para o caso da morte de um homem livre é de cinqüenta moedas de ouro; se não morreu, mas se se feriu, apenas, a ação é pela quantia que o juiz calcular eqüitativa segundo o caso. O juiz deverá para isso considerar os honorários pagos ao médico e as outras despesas da moléstia, e, além disso, os trabalhos de que foi privada a vítima ou de que será privada por incapacidade superveniente.

Scanned with CamScanner

§ 2.º – Se o filho de família morar em uma casa separada da casa do pai, e, do sobrado, derrubar, ou derramar, alguma coisa, ou se puser, ou suspender, um objeto cuja queda seja perigosa, segundo a opinião de Juliano, não cabe ação contra o pai, mas contra o filho. Aplica-se o mesmo ao filho de família, juiz, que tiver feito sua a causa.

§ 3.º – O mestre de um navio, o estalajadeiro e o estabulário respondem por quase-delito, em virtude de dolo ou furto, ocorrido no navio, estalagem ou estábulo, praticado não por eles, mas por pessoa de seu serviço. Como a ação movida contra eles não se funda em contrato, são até certo ponto responsáveis pela culpa da escolha de maus auxiliares, considerando-se responsáveis por quase delito. Nestes casos, cabe a ação *in factum*, a qual compete ao herdeiro, não, porém, contra o herdeiro.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título VI

DAS AÇÕES
(*De actionibus*)

Falta ainda tratarmos das ações. *Ação nada mais é do que o direito de pedir em juízo o que nos é devido.**

§ 1.º – A principal divisão das ações, perante juízes ou perante árbitros, qualquer que seja o seu objeto, é em duas espécies: reais ou pessoais. Quando propomos ação contra quem, por contrato, por delito ou por qualquer outra razão é obrigado para conosco, temos ações pessoais nas quais pedimos que nosso adversário dê ou pratique ato, ou coisa semelhante. Quando propomos ação contra quem não é obrigado para conosco por direito algum, discutindo a respeito de uma coisa, usamos as ações reais, como no caso em que alguém possui uma coisa corpórea que Tício afirma que é sua, e o possuidor diz que é dele. Desde que Tício pretende que a coisa é *sua*, a ação é real.

§ 2.º – É também ação real a ação de quem pretende direito de usufruto de imóvel, ou de edifício, direito de passar pelo terreno vizinho, ou direito de levar água por ele. Da mesma classe é a ação relativa às servidões urbanas, como, por exemplo, quando alguém pretende ter o direito de erguer mais sua casa, o direito de vista, o de erguer alguma coisa sobre a casa vizinha ou o de introduzir uma trave nela.

Há, relativamente ao usufruto e às servidões rústicas e urbanas, ações contrárias às precedentes, como quando sustentamos que nosso adver-

(*) *Actio est jus persequendi in judicio quod sibi debetur.*

Scanned with CamScanner

sário não tem direito de usufruto, de passagem, de aqueduto, de levantar mais alto, de vista, de aumentar a construção e de introduzir trave. Tais ações são também reais, mas negativas.

As ações negativas não existem nas questões sobre coisas corpóreas, pois nestas autor é quem não possui, e o possuidor não tem ação alguma para negar que a coisa pertença ao autor. Um caso existe em que, aquele que possui, tem o papel de autor, o que veremos melhor nos livros mais minuciosos do *Digesto*.

§ 3.º – As ações que acabamos de enumerar, e outras semelhantes, provêm das leis e do direito civil, mas existem outras, pessoais e reais, que o pretor estabeleceu em decorrência de sua jurisdição, sendo necessário exemplificá-las. Assim, permite o pretor uma ação real em que o autor se apresenta como tendo adquirido, por usucapião, que realmente ocorreu, ou em que o autor pretende que não se deu usucapião em favor do possuidor, tendo-se dado, na verdade, tal usucapião.

§ 4.º – Se, realmente, aquele, a quem se fez a tradição da coisa com justa causa, como, por exemplo, pela venda, doação, dote ou legado, venha por acaso a perder a posse da coisa, antes de ter-lhe adquirido a propriedade, não tem ele nenhuma ação real e direta para recuperar a coisa, porque a ação de reivindicação pelo direito civil só cabe ao proprietário. Como, entretanto, era muito pesada a não existência de nenhuma ação, nesse caso, o pretor criou uma ação, na qual o que perdeu a posse da coisa afirma tê-la usucapido, e, por isso, a reivindica como sua, o que leva o nome de ação publiciana, porque foi introduzida pela primeira vez no edito do pretor Publício.

§ 5.º – Reciprocamente, se alguém, afastado do serviço público, ou preso, nas mãos do inimigo, usucapiu a coisa pertencente ao proprietário, que ficou na cidade, é permitido a este último, dentro de um ano da volta do que usucapiu, reivindicar a coisa, rescindindo o usucapião, isto é, afirmando que este não ocorreu, e que, portanto, a coisa permaneceu em sua propriedade. Essa espécie de ação é concedida pelo pretor, por motivo de eqüidade, em alguns outros casos, como se pode ver nos livros mais desenvolvidos do *Digesto* ou *Pandectas*.

§ 6.º – Assim também, se o devedor faz a tradição da coisa, em fraude de credores, depois de terem eles se apossado dos bens do devedor, por mandado do presidente, permite-se-lhes reivindicar a coisa, rescin-

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

dindo a tradição, isto é, afirmando que não houve o traslado da coisa, e que, por isso, continuou ela entre os bens do devedor.

§ 7.º – A ação Serviana e a ação quase-Serviana, também chamada hipotecária, nascem igualmente da jurisdição do pretor. A ação Serviana incide sobre coisas do colono, que garantem, a título de penhor, o pagamento da renda. A ação quase-Serviana é a ação mediante qual os credores perseguem seus penhores ou hipotecas. Entre penhor e hipoteca, no que se refere à ação hipotecária, não há diferença alguma, pois ambas as denominações se aplicam às coisas que o credor e o devedor convencionam sujeitar ao pagamento da dívida, mas o penhor e a hipoteca diferem sob alguns aspectos. Designa-se propriamente pelo nome de penhor a garantia da dívida entregue ao credor, tratando-se de móvel, ao passo que, pelo nome de hipoteca, designa-se a garantia constituída apenas pelo consenso das partes, sem tradição da coisa.

§ 8.º – O pretor criou também, em decorrência de sua jurisdição, as ações pessoais, como a *ação de constituto*, que se assemelhava à ação recepticia, mas, como, por uma Constituição nossa, transportamos para a ação de constituto todas as vantagens da ação recepticia, esta, ficando inútil, desapareceu da nossa legislação. Foi também o pretor quem criou as ações até o limite do pecúlio dos escravos e dos filhos de família, a ação pela qual se constata se o autor jurou, bem como muitas outras.

§ 9.º – A ação de constituto é proposta contra a pessoa que prometeu pagamento, por si, ou por outrem, mas sem estipulação, porque quem promete a um estipulante responde pelo direito civil.

§ 10 – O pretor concedeu a ação de pecúlio contra o pai e o senhor, porque, embora, pelo direito civil, não sejam obrigados pelos contratos feitos por seus filhos ou por seus escravos, é, entretanto, eqüitativo que sejam condenados até o limite do pecúlio, espécie de patrimônio dos filhos, filhas e escravos.

§ 11 – Se alguém, a pedido do adversário, jurou que lhe devia a quantia que reclama, o pretor, em caso de não pagamento, lhe dá uma ação, na qual se procura provar não se a dívida existe, mas se a pessoa realmente prestou juramento.

§ 12 – Foram também criadas muitas ações penais pela jurisdição do pretor, como, por exemplo, a ação contra quem corrompeu qualquer

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

parte do *álbum (ex albo)*, contra quem chamou a juízo, sem licença, seu ascendente ou patrono, contra quem impediu por violência ou concorreu com dolo, para impedir que alguém, chamado a juízo, comparecesse, e outras inúmeras.

§ 13 – Consideram-se também prejudiciais as ações reais, como, por exemplo, as que têm por objetivo decidir se alguém é livre ou liberto, ou, então, para fazer reconhecer a filiação. Dessas ações apenas uma tem causa legítima, ou seja, a ação mediante a qual se procura descobrir se a pessoa é livre, provindo as demais da jurisdição do próprio pretor.

§ 14 – Especificadas, assim, as ações, é certo que o autor não pode reclamar a coisa que lhe pertença por esta forma "se parecer que o réu deva dar". Não é possível dar ao autor o que lhe pertence, porque *dar* significa transferir a propriedade, e a coisa do autor não se pode tornar mais sua do que já o é. Todavia, por ódio ao ladrão, e para sujeitá-lo a maior número de ações, admitiu-se que, além da pena do dobro, ou do quádruplo, ficasse também sujeito, para a restituição da coisa, à ação "se parecer que o réu deva dar", embora caiba contra ele a ação real pela qual o autor entende ter a propriedade da coisa.

§ 15 – As ações reais denominam-se reivindicações, chamando-se condições as ações pessoais, nas quais pretendemos que o réu nos dê ou faça alguma coisa. *Condicere* significava antigamente *notificar*. É, pois, impróprio chamar hoje de *condição* a *ação pessoal*, pela qual o autor sustenta que o réu lhe deva dar algo, não se fazendo, nesse caso, hoje, notificação.

§ 16 – Segundo outra divisão, as ações são reipersecutórias, penais e mistas.

§ 17 – Todas as ações reais têm por objetivo a restituição da coisa, tendo também o mesmo fim, dentre as ações pessoais, quase todas as ações que nascem de um contrato, como, por exemplo, a ação em que o autor reclama quantia emprestada ou estipulada, as de comodato, depósito, mandato, sociedade, venda, compra e locação. Quando, porém, se trata de depósito, feito em caso de tumulto, incêndio, desmoronamento ou naufrágio, o pretor concede a ação do dobro contra o depositário ou seu herdeiro, pessoalmente responsável por dolo. Nesse caso, a ação de depósito é mista.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

a ação de petição de herança. Quanto a esta última, duvidava-se até hoje se se deveria, ou não, ser incluída entre as ações de boa-fé, a nossa Constituição decidindo expressamente que é de boa-fé.

§ 29 – A ação *rei uxoriae* era antigamente de boa-fé. Como nós julgamos mais vantajosa a ação *ex stipulatu*, transportamos para ela, a fim de obter a repetição do dote, todos os efeitos que antes tinha a ação *rei uxoriae* com várias distinções. Como decorrência disso, a ação *rei uxoriae* foi abolida, e a ação *ex stipulatu*, que a substituiu, recebeu de nós a natureza de ação de boa-fé, mas somente no caso de restituição do dote. Além disso, concedemos à mulher hipoteca tácita e ordenamos que tenha preferência sobre todos os demais credores hipotecários, quando ela mesma demandar o dote, porque somente a ela demos esse privilégio.

§ 30 – Nas ações de boa-fé, o juiz tem plenos poderes para calcular, de acordo com a eqüidade, as restituições devidas ao autor. Se o autor dever alguma coisa ao réu, o juiz deve compensar a dívida, condenando o réu apenas pelo saldo. Mesmo nas ações de direito estrito, em virtude de um rescrito do divino Marco, tendo havido exceção de dolo mau, ocorria a compensação, mas a nossa Constituição deu maior amplitude às compensações que se baseiam em direito claro, para que diminuam, de pleno direito, as ações, reais ou pessoais, ou outras, com exceção, tão-só, da ação de depósito, na qual julgamos odioso opor qualquer coisa a título de compensação para, sob esse pretexto, tolher-se ao depositante o depósito.

§ 31 – Certas ações recebem o nome de arbitrárias, isto é, dependentes do arbítrio do juiz. Nessas ações, deve o réu ser condenado, se não der ao autor a satisfação prescrita pelo arbitramento do juiz, como, por exemplo, a restituição da coisa, a exibição, o pagamento ou o abandono noxal do escravo. São arbitrárias tanto as ações reais como as pessoais, a saber, as reais, como a publiciana, a serviana, a relativa às coisas do colono, a quase-serviana, também chamada hipotecária, as pessoais, como as movidas sob o fundamento de ter sido alguma coisa feita por medo (*metus causa*), ou por dolo mau, e a ação pela qual se pede o que foi prometido em certo lugar. A ação de exibição (*ad exhibendum*) é também arbitrária. Nessas ações, e em outras idênticas, o juiz tem o direito de fixar, segundo a eqüidade e a própria natureza da coisa demandada, qual a satisfação devida ao autor.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

§ 32 – Sempre que possível, a sentença do juiz deve versar sobre quantia certa em dinheiro, ou coisa certa, mesmo que a ação tenha tido por objeto quantidade incerta.

§ 33 – Se o autor do pedido (*intentio*) incluía nele mais do que lhe era devido, havia a decadência da ação, isto é, o autor perdia seu direito, que dificilmente lhe seria restituído pelo pretor, salvo se fosse menor de vinte e cinco anos.

Na verdade, o pretor, tomando conhecimento da causa, socorria o menor nesse caso, como em outros casos era socorrido quem se tivesse enganado em razão de sua tenra idade.

Contudo, mesmo sendo maior de vinte e cinco anos, obtinha ele o auxílio pretoriano, quando houvesse ocorrido causa evidente de justo erro, no qual até o homem mais experiente teria incorrido. Assim acontece, por exemplo, quando o legatário pede a totalidade de seu legado, e, em seguida, se apresentam codicilos, revogando o legado, em parte, ou fazendo a outrem tais liberalidades de tal modo que, feita a redução ordenada pela lei Falcídia, se verifica que o legatário pediu mais de três quartos. De resto, o pedido excessivo pode ocorrer de quatro modos: em relação à coisa, ao tempo, ao lugar e à causa.

Dá-se excesso, relativamente à coisa, quando alguém pede vinte moedas de ouro, em vez das dez, que lhe são devidas, ou quando, sendo proprietário de uma parte, pede a propriedade do todo, ou de parte maior. Ocorre excesso relativamente ao tempo, por exemplo, quando alguém pede antes do termo, ou condição. Na verdade, assim como pagar tarde é pagar menos do que se deve, pedir antes do tempo é também pedir mais do que é devido.

Dá-se excesso relativamente ao lugar, quando alguém, tendo estipulado o pagamento em certo lugar, pede-o, depois, em outro, sem mencionar o lugar fixado, como se, tendo feito esta estipulação: *prometes pagar-me em Éfeso?*, pretende, depois, pura e simplesmente, que o pagamento lhe seja feito em Roma. Tal pedido é excessivo, porque priva o promitente da vantagem que teria, se pagasse em Éfeso. Por isso, o edito concede contra o autor, que demanda em lugar diferente do estipulado, o direito da ação arbitrária, na qual se considera a vantagem que tinha o promitente de pagar no lugar convencionado, vantagem muitas vezes

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

considerável, sobretudo a respeito de mercadorias, como, por exemplo, o vinho, o óleo, o trigo, cujo preço varia conforme os lugares. O próprio dinheiro não produz, em toda parte, os mesmos juros. Se o credor demanda em Éfeso, isto é, no lugar em que propôs a ação, formulada pura e simplesmente, o procedimento é regular, e isso o próprio pretor o indica, pois, nesse caso, o devedor conserva as vantagens que tinha.

Muito se aproxima o excesso de pedido relativamente à causa, do excesso de pedido em relação ao lugar, como, por exemplo, quando alguém, tendo estipulado nesses termos: *prometes entregar-me o escravo Estico ou dez moedas de ouro?*, pede depois somente o escravo ou as moedas. Há aqui excesso de pedido, porque, nessa modalidade de estipulação, o promitente tem a faculdade de optar pelo pagamento em moedas ou em escravo, e, pretendendo o autor, que lhe seja dado somente o dinheiro, ou somente o escravo, priva o réu da opção, tornando sua posição mais vantajosa e a do réu menos vantajosa. Existe, por isso, uma ação, na qual o autor pode pedir que lhe seja dado o escravo Estico ou dez moedas de ouro, isto é, pode pedir nos mesmos termos da estipulação.

Há também excesso de pedido, quando alguém estipulou escravo, vinho ou púrpura, em geral, e depois pede especificamente o escravo Estico, o vinho da Campânia, ou a púrpura de Tiro, pois privará o devedor da opção que tinha de pagar em coisa diversa da que lhe é exigida. Mesmo que a coisa exigida seja de valor mínimo, há excesso de pedido, pois ao promitente é muitas vezes mais fácil pagar em coisa de maior preço.

Tudo quanto se disse era observado antigamente, mas esse rigor foi suavizado pela Constituição de Zeno e pela nossa. Assim, quando houver excesso de pedido em relação ao tempo, decidir-se-á na conformidade da Constituição de Zeno, de gloriosa memória, mas quando ocorrer excesso de pedido em relação à quantidade, ou por outro motivo, o autor será condenado a pagar ao réu o triplo do dano que lhe causou, como, por exemplo, pelas custas pagas excessivamente.

§ 34 – O autor que, no pedido, pretende menos do que lhe é devido, como, por exemplo, quando, sendo credor de dez moedas de ouro, cobra apenas cinco, ou quando, sendo proprietário de um terreno, reclama apenas a metade dele, não corre risco algum. Segundo a Constituição de Zeno, de gloriosa memória, o réu deve ser condenado a pagar o saldo, na mesma instância.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

§ 35 – O autor que pede uma coisa, em vez de outra, não corre perigo algum, e, verificado o erro, poderá este ser emendado na mesma instância, como, por exemplo, quando demandou Erote, tendo o direito de demandar Estico, ou quando, tendo direito a uma estipulação, demanda em virtude de testamento.

§ 36 – Há outras ações nas quais não demandamos a totalidade do nosso crédito, e às vezes obtemos tudo, outras vezes menos, como, por exemplo, quando demandamos para receber o pecúlio de um filho de família ou de um escravo. Se o pecúlio não for menor que o pedido, o senhor, ou o pai, será condenado na totalidade, mas se for menor, só será condenado até o limite do pecúlio. Oportunamente explicaremos o que se deve entender como pecúlio.

§ 37 – Se a mulher demandar pela ação de dote, o marido só pode ser condenado até os limites de suas forças, isto é, até o valor de seu patrimônio, e, desse modo, se seus bens são do valor do dote, é condenado na totalidade, e, em caso contrário, somente até onde puder.

A retenção diminui também a repetição dotal. As despesas feitas com os bens dotais podem ser retidas pelo marido, porque as necessárias diminuem o dote de pleno direito, como se pode ver melhor nos livros mais detalhados do *Digesto*.

§ 38 – O autor que demanda ascendente, patrono ou sócio, mediante a ação de sociedade, nada obtém além do que o adversário dele possa fazer. O mesmo diremos sobre o do doador, demandado em decorrência da doação.

§ 39 – As compensações ainda opostas pelo réu fazem com que o autor freqüentemente receba menos do que aquilo que lhe era devido. Na verdade, o juiz toma em consideração, por eqüidade, o que o autor deve em decorrência dessa mesma causa, condenando o réu apenas pelo saldo, como já foi dito.

§ 40 – Se o devedor, tendo feito cessão de seus bens, faz depois uma aquisição, que o torne solvente, os credores podem demandá-lo até o *quantum* devido, pois seria desumano que ele, ao ser condenado pelo juiz, ficasse espoliado de toda a sua fortuna.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título VII

DOS CONTRATOS COM OS *ALIENI JURIS*

(*Quod cum eo contractum est qui in aliena potestate est*)

Assim como, antes, fizemos referência à ação relativa ao pecúlio dos filhos de família e dos escravos, consideremos agora, pormenorizadamente, essa ação e as outras que se costumam dar contra os ascendentes e senhores.

Os atos dos escravos e dos filhos de família permitem a aplicação desses mesmos princípios e, para não ser prolixos, trataremos dos senhores e dos escravos aplicando-se aos ascendentes e descendentes o que a respeito deles dissermos. Se, entretanto, houver alguma regra referente a estes últimos, iremos fazer-lhes referência separadamente.

§ 1.º – Ao que contratou com o escravo, autorizado pelo senhor, o pretor dará, contra este, ação pela totalidade da obrigação, pois o credor nele se fiou.

§ 2.º – Pela mesma razão, o pretor dará duas outras ações solidárias pela totalidade da obrigação, uma denominada exercitória, a outra denominada institória.

Cabe a ação exercitória contra quem colocou, como armador de um navio, o escravo, que contraiu obrigação relativamente ao posto que ocupa. Deu-se a essa ação o nome de *ação exercitória*, porque se chama *exercitor* (*armador*) aquele a quem pertence a receita diária de bordo.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Cabe a ação institória contra quem indicou, como seu preposto, em loja, ou estabelecimento comercial de qualquer natureza, o escravo, que contraiu obrigação na qualidade de preposto. Chama-se *institória* porque se chamam *institores* os prepostos em qualquer comércio. O pretor reconhece o direito a duas ações, ainda quando o preposto do navio, da loja ou de qualquer outro ramo de negócio for homem livre ou escravo alheio, pois, neste caso, valem as mesmas razões de eqüidade.

§ 3.º – O pretor criou ainda outro tipo de ação denominada *tributória*. Assim, se o escravo empregar seu pecúlio em negócios, com anuência do senhor, contraindo, desse modo, obrigação relativa ao comércio, o pretor ordena que todas as mercadorias e lucros sejam partilhados entre o senhor, se for credor de alguma coisa, e os demais credores, proporcionalmente ao crédito de cada um. Como é o senhor quem faz a distribuição, com permissão do pretor, o credor, não satisfeito por não ter recebido o pagamento integral, tem contra o senhor a ação, que é chamada *tributória*.

§ 4.º – Além disso, o pretor introduziu a ação de *peculio* e a ação de *in rem verso*, redundando em aumento do patrimônio do senhor (*de eo quod in rem domini versum erit*). Assim, embora o escravo tenha contratado sem consentimento do dono, se a este foi proveitoso o negócio, responderá ele até o limite do proveito e, se o negócio não lhe foi rendoso, responderá também, mas só até o limite do pecúlio.

Consideram-se proveitosas, aumentando o patrimônio do senhor, as despesas necessárias, feitas em seu interesse pelo escravo, como no caso em que lhe tomou, em mútuo, o dinheiro emprestado e o escravo o empregou para pagar credores do senhor, para reformar casas, arruinadas, para comprar trigo para a casa, ou terreno, ou qualquer outra coisa necessária. Assim, por exemplo, se teu escravo tomou por empréstimo de mútuo a Tício dez moedas de ouro, empregando cinco moedas no pagamento a um de teus credores, e as outras em outro fim, responderás por cinco moedas *in solidum*, e pelas outras cinco até o limite do pecúlio.

Se as dez moedas foram empregadas em teu proveito, responderás, perante Tício, pelo pagamento integral. Embora sejam idênticas a ação de pecúlio e a de *in rem verso*, contêm elas duas condenações distintas. Por isso, o juiz, perante o qual a ação foi proposta, examinará, primeiramente, se o fato do escravo redundou em enriquecimento do senhor, e, só

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

TÍTULO VIII

DAS AÇÕES NOXAIS

(De noxalibus actionibus)

Dos delitos do escravo, como o furto, o roubo, o dano e a injúria, nasceram as ações noxais, em razão das quais, sendo condenado o senhor, deverá ele pagar a litis-estimação (valor da demanda), ou dar o escravo em noxa.

§ 1.° – Chama-se, portanto, *noxa* o corpo que causou o prejuízo (*nocuit*), isto é, o escravo, e chama-se *noxia* o próprio malefício, como, por exemplo, o furto, o roubo, o dano e a injúria.

§ 2.° – Portanto, é com suma razão que se permitiu ao senhor desobrigar-se com a dação noxal, pois seria iníquo que a perversidade do escravo lhe causasse prejuízo maior do que a perda do próprio escravo.

§ 3.° – Na ação noxal, pode o senhor, ao ser demandado, desobrigar-se pela entrega do escravo, transferindo, então, perpetuamente, a propriedade. Se, depois disso, o escravo conseguindo dinheiro, ressarcir a vítima, ele será manumitido, com o auxílio do pretor, mesmo contra a vontade do dono.

§ 4.° – As ações noxais foram estabelecidas ou pelas leis ou pelo edito do pretor. Foram pelas leis, como, por exemplo, as ações de furto, pela Lei das XII Tábuas, e as ações de dano injusto pela lei Aquilia. Foram também estabelecidas pelo edito do pretor, por exemplo, a ação de injúria e a de roubo.

§ 5.° – Toda ação noxal segue o *caput* do delinqüente, ou seja, acompanha a noxa. Assim, se o teu escravo cometeu uma nóxia, ou seja, um

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

delito, enquanto ele permanece sob teu pátrio poder, contra ti cabe a ação noxal; se passar para o poder de terceiro, cabe contra ti a ação noxal, se passar para o pátrio poder de terceiro, contra este cabe a ação, se for manumitido, cabendo a ação diretamente contra ele, extinguindo-se a dação noxal. Inversamente, a ação, que, a princípio era direta, pode tornar-se depois noxal. Se o homem livre comete um delito, ou nóxia, e se torna, depois, teu escravo, o que pode acontecer em certos casos, conforme vimos no livro primeiro, caberá contra ti a ação noxal, ao passo que, antes disso, a ação era a direta.

§ 6.º – Se o escravo comete delito contra o senhor, este não tem direito a ação alguma, porque a obrigação não pode nascer entre o senhor e o que se acha sob seu pátrio poder. Por isso, se o escravo passa ao poder de terceiro, ou é manumitido, não caberá ação, nem contra ele, nem contra o terceiro. Daí a seguinte conseqüência: se o escravo alheio cometeu delito contra ti, caindo depois sob teu pátrio poder, a ação extingue-se, por ocorrer hipótese em que não pode haver ação. Mesmo que o escravo saia do teu pátrio poder, não poderás movê-la. Assim também, se o senhor comete delito contra o escravo, este não terá ação, muito embora possa ser manumitido ou alienado.

§ 7.º – Esses mesmos princípios eram aplicados pelos antigos ao filho e à filha de família, mas tal aplicação se acha em franca oposição com o estado atual de nossos costumes, tendo, por isso, caído inteiramente em desuso. Aliás, como admitir que o pai dê em noxa seu filho, e principalmente sua filha, se ele pessoalmente irá depois sofrer mais do que o filho, e, se, a respeito das filhas, a própria consideração do pudor justamente a repele? Por isso, aplicaram-se as ações noxais apenas contra os escravos, porque os filhos e filhas podem ser demandados pessoalmente pelos delitos cometidos, como já decidiram muitas vezes os antigos comentadores.

UFRGS
Faculdade de Direito
Biblioteca

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título IX

SE O QUADRÚPEDE TIVER CAUSADO DANO

(*Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur*)

Da Lei das XII Tábuas derivou uma ação noxal em caso de dano causado por animais irracionais, a saber, por luxúria, fogosidade ou ferocidade. A dação noxal desses animais desobriga o réu, porque assim dispõe a Lei das XII Tábuas, por exemplo, *se um cavalo coiceiro deu um coice, ou um boi chifrador deu uma chifrada.* Essa ação só ocorre quando o dano foi causado excepcionalmente contra a natureza dos animais, mas não assim, quando foi causado por ferocidade natural. Assim, se o urso, fugido do dono, causa dano, o antigo dono não pode ser demandado, porque com a fuga do animal perdeu o domínio sobre ele.

Dá-se o nome de *paupérie* ao dano causado sem injúria, porque não pode cometer injúria o animal irracional. Isso no que se refere à ação noxal.

§ 1.º – Por outro lado, o edito edilício proíbe ter na via pública cães, leitões, javalis, ursos e leões, e, quem contraria esse dispositivo, e se, desse fato, resulta dano a um homem livre, será condenado no que ao juiz parecer justo e eqüitativo (*bonum et aequm*); qualquer outro dano importará a condenação no dobro do valor. Além das ações edilícias, pode ser proposta a ação *de pauperie*. O exercício de uma ação, quando várias concorrem, não prejudica o exercício de outra, principalmente sendo penais.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título X

DAQUELES PELOS QUAIS PODEMOS LITIGAR

(*De his per quos agere possumus*)

Pode-se litigar no próprio nome, ou mediante outrem como procurador, tutor ou curador. Antigamente não se podia litigar a não ser em favor do povo, da liberdade ou da tutela. Além disso, a lei Hostília permitiu demandar por furto em nome dos que estivessem prisioneiros do inimigo, ou ausentes a serviço da República, ou pelos tutelados. Por ser muito incômoda a possibilidade de figurar em juízo como autor, ou réu, em nome de outrem, começou-se a litigar por meio de procurador. Na verdade, doença, idade, viagem urgente e várias outras causas impedem algumas vezes que se compareça pessoalmente.

§ 1.º – O procurador é constituído sem palavras solenes, fora da presença do adversário, e mesmo, muitas vezes, sem a ciência deste. Considera-se, pois, teu procurador aquele que encarregaste de representar-te, em juízo, como autor ou réu.

§ 2.º – Já deixamos exposto, no Livro Primeiro, o modo pelo qual se nomeiam tutores e curadores.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título XI

DAS FIANÇAS
(*De satisdationibus*)

Os antigos tinham um modo de fiança; os modernos têm outro, introduzido pelo uso. Outrora, na ação *in rem,* o possuidor devia prestar fiança ao autor, a fim de que, sendo vencido e não entregando a coisa, ou não pagando o valor da lide, ou seja, a *litis-estimação*, possa o autor ter ação contra ele ou contra seus fiadores. Chamava-se a essa fiança *caução judicatum solvi*. A razão de ter sido dado esse nome é porque o autor estipula que se pague a ele o que foi julgado. Com maior razão, o que era demandado pela reivindicação devia prestar fiança, quando comparecia a juízo em nome de outrem. O autor da reivindicação, agindo em nome próprio, não era obrigado a prestar fiança, mas não quando agia como procurador, pois nesse caso deveria prestar caução *de rato* (*ratam rem dominum habiturum*), a fim de evitar que o dono pedisse de novo a mesma coisa. O texto do edito mandava que tutores e curadores prestassem fiança, como o procurador, mas sendo autores dispensava-se-lhes a fiança, algumas vezes.

§ 1.º – Esses eram os princípios que norteavam as ações reais. Nas ações pessoais, aplicava-se ao autor o que dissemos das ações reais. O réu, caso litigasse em nome alheio, devia sempre prestar fiança, porque ninguém defende outrem sem prestar fiança. Se, ao contrário, o réu litigava, em nome próprio, não era obrigado a prestar a caução *judicatum solvi*.

§ 2.º – Hoje não mais se observa isso, porque o réu, tanto na ação real como na ação pessoal, quando age em nome próprio, não é obrigado

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

a prestar fiança pela litis-estimação, mas somente para garantir que se apresentará pessoalmente, e que ficará em juízo até o final. Também pode fazer promessa sob juramento, conduta que tem o nome de *caução juratória*, ou mesmo, segundo a qualidade da pessoa, fica obrigado ora a dar fiança, ora a prometer pura e simplesmente.

§ 3.° – Caso, porém, a demanda seja movida ou contestada por procurador, e a procuração do autor não tenha sido juntada aos autos, ou se ele não se apresentou em juízo para aprovar a pessoa do procurador, este é compelido a prestar caução *de rato*. Observar-se-á o mesmo, no caso do tutor, ou do curador, ou de outra pessoa, encarregada de administrar negócio alheio, propuser ação por meio de procurador.

§ 4.° – Sendo, porém, réu, estando presente e pronto para constituir procurador, pode, ir, ele próprio, a juízo, para confirmar por estipulação solene a pessoa do procurador, mediante a caução *judicatum solvi*, ou oferecer extrajudicialmente a caução, constituindo ele próprio fiador do procurador com todas as cláusulas da caução *judicatum solvi*. Nesse caso, é obrigado a dar em hipoteca seus bens, quer a promessa tenha sido feita judicialmente, quer extrajudicialmente, transmitindo-se tal obrigação aos herdeiros. Deve, além disso, prestar caução de que se apresentará, em pessoa, no dia da publicação da sentença. Se, então, não comparecer, o seu fiador fica obrigado a pagar a importância da condenação, salvo se tiver havido apelação.

§ 5.° – Se o réu não estiver presente por qualquer motivo, e um terceiro quiser tomar-lhe a defesa, representando-o, pode fazê-lo, quer a ação seja pessoal, quer seja real, desde que preste a caução *judicatum solvi* pela litis-estimação. Segundo a antiga regra, que já explicamos, ninguém é defensor idôneo de coisa alheia sem fiança.

§ 6.° – Tudo isso aprender-se-á melhor, e com mais facilidade, com a freqüência diária das audiências e a prática dos negócios.

§ 7.° – Queremos que se observem as regras ou praxes, acima expostas, não só nesta real Cidade, como também em todas as províncias, embora ali sigam outra prática por ignorância. É necessário que as províncias se conformem com o que se observa nesta real Cidade, capital de todas as cidades.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título XII

DAS AÇÕES PERPÉTUAS E TEMPORÁRIAS E DAS QUE SE TRANSMITEM AOS HERDEIROS E CONTRA ELES

(De perpetuis et temporalibus actionibus et quae ad heredes et in heredes traseunt)

Cumpre observar aqui que as ações, que nascem da lei, dos senatusconsultos ou das Constituições Imperiais, podiam outrora ser exercidas perpetuamente; as Constituições Imperiais limitaram-lhes a duração, quer fossem pessoais ou reais. A maior parte das ações, que derivam da jurisdição pretoriana, não durava em geral mais do que um ano, pois a própria autoridade dos pretores só vigorava durante esse prazo. Algumas vezes, porém, essas ações eram perpétuas, isto é, duravam até o prazo fixado pelas Constituições, como as conferidas ao possuidor de bens e às demais pessoas que representam o herdeiro. A ação de furto manifesto, derivada embora da jurisdição pretoriana, é perpétua, e seria absurdo que durasse apenas um ano.

§ 1.º – Nem todas as ações dirigidas contra ou em prol de alguém, em virtude do direito civil, ou do direito pretoriano, cabem sempre contra ou a favor dos herdeiros. É regra incontestável que as ações penais não cabem contra os herdeiros do delinqüente, como a de furto, a de roubo, a de injúria e a de dano injusto, mas tais ações cabem em prol dos herdeiros, com exceção da de injúria, e outras semelhantes. Algumas

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

vezes, a ação originada do contrato não cabe contra o herdeiro, como, por exemplo, quando o testador procedeu com dolo, não tendo este sido aproveitado pelo herdeiro. As ações penais, de que acima falamos, transmitem-se aos herdeiros e contra eles, desde que também contestadas pelas partes.

§ 2.º – Cumpre-nos observar que, se antes da sentença, o réu pagar ao autor, o juiz deverá absolvê-lo, embora no momento da instauração da instância estivesse a ponto de ser condenado. Nesse sentido é que, antigamente, se dizia que todos os juízos são absolutórios.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título XIII

DAS EXCEÇÕES
(*De exceptionibus*)

Devemos agora tratar das exceções que ocorrem como defesa daqueles contra os quais a ação é dirigida. Ocorre, muitas vezes, que a ação do autor, embora fundamentada em direito, é injusta relativamente à pessoa demandada.

§ 1.º – Quando, por exemplo, forçado pelo medo, induzido pelo dolo ou arrastado pelo erro, prometeste, em estipulação a Tício, o que não devias prometer, é claro que ficaste obrigado, pelo direito civil, e a ação, mediante a qual se pretende que deves dar, existe na verdade, mas a tua condenação seria injusta. Para repelires a ação, tens a exceção de medo (*quod metus causa*) e a ação de dolo (*doli mali*), ou ainda, a de fato (*in factus*).

§ 2.º – O mesmo acontece se alguém estipulou contigo que te daria por empréstimo certa quantia, que na realidade não deu. É certo que nesse caso podes ser demandado para pagamento de tal quantia, porque a estipulação te obriga. Como, porém, seria iníqua a tua condenação por esse título, tens a exceção de não ter recebido (*non numeratae pecuniae*), cuja duração, como dissemos nos livros anteriores, foi restringida por nossa Constituição.

§ 3.º – Também se o devedor pactuou com o credor que não seria demandado pelo pagamento, fica, não obstante, obrigado, por isso que o pacto não extingue de maneira absoluta a obrigação. Por esse motivo, competirá contra ele a ação *si paret eum dare opportere (se parecer que ele deve dar*), mas, como seria iníqua a condenação, a despeito do pacto, dá-se-lhe para defender-se a exceção de pacto (*pacti conventi*).

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

§ 4.º – Igualmente, se o devedor, sendo-lhe deferido o juramento pelo credor, jurar que nada deve, fica, não obstante, obrigado. Como, porém, seria iníquo, por se caracterizar o perjúrio, dá-se-lhe, para defesa, a exceção do juramento (*exceptio jurisjurandi*). Nas ações *in rem*, as exceções são também necessárias, como, por exemplo, se o possuidor, ao lhe ser deferido o juramento pelo autor, jurou ser sua a coisa, e, não obstante, o autor propõe a reivindicação. Ainda que a pretensão deste último seja verdadeira, isto é, que a coisa seja realmente sua, seria iníquo condenar-se o possuidor.

§ 5.º – Igualmente, se, em ação real ou pessoal, contra ti houve sentença, a obrigação subsiste apesar disso, e podes, em direito estrito, ser demandado pelo mesmo objeto, e por isso a lei te dá a garantia da *exceção de coisa julgada*.

§ 6.º – Bastam esses casos, a título de exemplo.

Nos livros mais minuciosos do *Digesto* ou *Pandectas*, pode-se ver como são numerosas e variadas as causas, que tornam necessárias as exceções.

§ 7.º – Dentre essas exceções, algumas se originam das leis ou de outros atos legislativos, ou ainda da jurisdição pretoriana.

§ 8.º – Algumas exceções são perpétuas e peremptórias, outras, temporárias e dilatórias.

§ 9.º – Exceções perpétuas e peremptórias são as que podem sempre ser opostas à ação, perimindo sempre o negócio pelo qual se demanda, tais como as exceções de dolo, de medo (*quod metus causa*) e a de pacto, quando se convencionou a renúncia absoluta à demanda.

§ 10 – Exceções temporárias e dilatórias são as que prejudicam por certo tempo e facultam prazo. Tal é a exceção de pacto, quando se convenciona que se não demandará por certo tempo, isto é, por cinco anos, mas, decorrido esse tempo, nada impede que o autor mova a ação. Por conseguinte, aqueles cuja ação, se a quiserem mover antes da época, será repelida pela exceção de pacto, ou com outra semelhante, devendo iniciá-la e adiá-la depois da época, razão pela qual se denominam *dilatórias*. Se, ao contrário, o autor moveu ação antes do certo, e lhe foi oposta exceção, nada pode obter, nessa instância, por causa da exceção. Antigamen-

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

te, o autor perdia o direito de demandar depois de expirado o prazo, porque, tendo temerariamente instaurado a instância sobre o seu negócio, o exauria e ficava perdido. Hoje, porém, não queremos proceder com tanto rigor, e, assim, ordenamos que quem intenta ação antes do tempo fixado pelo pacto, ou pela obrigação, fica sujeito à Constituição de Zeno, contra os que fazem excesso de pedido em razão do tempo. Por conseguinte, se o autor não respeitou o prazo por ele mesmo fixado, ou o que a natureza da ação comportava, ficará o prazo duplicado em proveito do réu, e, mesmo depois de decorrido o prazo, não pode o réu ser demandado, antes de lhe serem pagas todas as custas, sendo o objetivo dessa pena ensinar os autores a respeitar os prazos.

§ 11 – Existem também exceções dilatórias em razão da pessoa, tais como, por exemplo, as exceções procuratórias, como no caso em que alguém quer litigar por intermédio de um militar, ou de uma mulher, pois os militares não podem ser procuradores, nem por seu pai ou mãe, nem por sua mulher, nem mesmo em virtude de rescrito imperial, podendo, entretanto, agir nos próprios negócios sem quebra da disciplina.

Consideramos extintas as exceções que outrora se opunham aos procuradores em razão da infâmia do outorgante ou do outorgado, por serem desusadas na prática do foro, evitando assim que, discutindo-as, se protelasse a discussão do pleito.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Título XIV

DAS RÉPLICAS

(De replicationibus)

Pode acontecer que uma exceção, que, à primeira vista, pareça justa, seja obstáculo iníquo.

Nesse caso, é preciso, para proteger o autor, invocar outra alegação, que se denomina réplica, porque por ela se repele e anula o efeito da exceção. Por exemplo, no caso em que o credor convenciona com o devedor que não lhe exigirá o pagamento, e, mais tarde, faz com ele convenção contrária, isto é, que poderá exigir. Se o credor for a juízo e o devedor lhe opuser que só poderia ser condenado se o credor não houvesse convencionado não pedir o dinheiro, a exceção exclui o credor. A existência do pacto é verdadeira, embora tenha havido posteriormente pacto em contrário. Como, porém, seria iníquo repelir o credor, faculta-se-lhe a réplica fundada no último pacto.

§ 1.º – A réplica, por sua vez, pode, à primeira vista, parecer justa, e não ser, na verdade, mais do que um injusto obstáculo. Nesse caso, para proteger o réu, é necessária nova alegação, que tem o nome de duplicação (*duplicatio*).

§ 2.º – Se, de seu lado, a duplicação, justa na aparência, constitui, na realidade, obstáculo injusto para o autor, sendo necessária nova alegação para protegê-lo, procedimento este que tem o nome de tréplica.

§ 3.º – O uso das exceções pode ter maior aplicação, segundo a diversidade dos casos, o que, de modo mais minucioso, se encontra no *Digesto*.

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

§ 4.º – As exceções com que se defende o devedor competem, em geral, a seus fiadores, e com razão, porque a demanda contra estes é como se fora contra o devedor, porque, pela ação de mandato, fica ele obrigado a lhes restituir o que por ele pagaram. Por isso, se o credor convencionou com o devedor que não lhe exigiria pagamento, a exceção de pacto poderá ser oposta pelos fiadores, como se com estes tivesse sido feita a convenção. Há, entretanto, algumas exceções que não favorecem os fiadores, como, por exemplo, quando o devedor fez cessão de seus bens, é demandado pelo credor, opondo-lhe a exceção *nisi bonis cesserit*, exceção que não cabe aos fiadores. Com efeito, quem exige fiança tem, principalmente, em vista, acautelar-se para que, em caso de insolvência do devedor, a dívida seja paga por aqueles que a garantem.

Scanned with CamScanner

TÍTULO XV

DOS INTERDITOS
(*De interdictis*)

Devemos tratar agora dos interditos, ou das ações propostas em lugar deles.

Interditos eram fórmulas ou palavras solenes, pelas quais o pretor ordenava, ou proibia ao réu que fizesse alguma coisa, sendo principalmente utilizados em questões sobre a posse e a quase-posse.

§ 1.º – A principal divisão dos interditos, portanto, é a que os classifica em proibitórios, restitutórios e exibitórios.

Proibitórios são os interditos mediante os quais o pretor impede que se faça alguma coisa, como, por exemplo, que se faça violência a quem possui, sem vício, a quem sepulta um morto em lugar que lhe é lícito fazê-lo, ou impede construir em lugar sagrado, ou fazer algo em rio público, ou ainda fazer, em sua margem, coisa que prejudique a navegação.

Restitutórios são os interditos mediante os quais o pretor ordena a devolução de alguma coisa, como, por exemplo, a restituição ao possuidor de bens da posse das coisas hereditárias que outrem possui a título de herdeiro, ou de possuidor, ou a devolução de terreno àquele que dele foi esbulhado com violência.

Exibitórios são os interditos mediante os quais o pretor ordena que se mostre, por exemplo, o indivíduo cuja liberdade está em litígio, ou o liberto, cujos serviços são reclamados pelo patrono, ou ao pai os filhos sujeitos ao seu poder. Há, entretanto, jurisconsultos que entendem que o nome *interdito* deve ser aplicado apenas aos interditos proibitórios, por-

Scanned with CamScanner

que a palavra *interdicere* significa proibir, impedir, obstar, devendo receber o nome de *decretos* os interditos restitutórios e exibitórios, mas a palavra *interdito* prevaleceu como denominação comum, porque se dá entre dois (*inter duos*).

§ 2.º – A segunda divisão dos interditos é que uns são outorgados para adquirir a posse (*adispiscendae possessionis*), outros para manter (*retinendae possessionis*), e outros, enfim, para recuperá-la, quando saiu das mãos do proprietário (*recuperandae possessionis*).

§ 3.º – Para que adquira a posse, dá-se ao possuidor de bens o interdito *quorum bonorum*, cujo efeito é forçar aquele que possui a título de herdeiro, ou de possuidor, alguma coisa dos bens dados em posse, a entregá-la ao possuidor de bens. Possui a título de herdeiro (*pro herede*) quem se julga herdeiro; possui como possuidor (*pro possessore*) aquele que, sem direito, e sabendo que não lhe pertencem, possui coisas hereditárias, ou mesmo toda a herança. Chama-se a esse interdito *adispiscenda possessionis* (*para adquirir a posse*), porque só aproveita a quem adquire pela primeira vez a posse da coisa. Se, portanto, alguém teve a posse e a perdeu, não pode usar esse interdito.

Dá-se também, para adquirir a posse, o interdito Salviano, que compete ao dono da propriedade sobre as coisas do colono, que servem de garantia pignoratícia pela renda.

§ 4.º – Para manter a posse, defere o pretor os interditos *uti possidetis* e *utrubi*, quando, numa questão sobre a propriedade da coisa, se investiga preliminarmente qual das partes deve ser possuidora e qual deve ser autora. Se não se determinou previamente a quem pertence a posse, não se pode propor a ação petitória, porque, pela lei, e pela razão natural, é preciso que um possua e outro demande e, como é muito mais vantajosa a posição de quem possui, do que a de quem pede, há quase sempre grande discussão a respeito da posse.

A vantagem da posse consiste em que a coisa continua com o atual possuidor, embora não lhe pertença a coisa, se o autor não puder provar que é sua. Por isso, no caso de o direito de uma e de outra parte ser obscuro, costuma o pretor julgar contra o autor.

O interdito *uti possidetis* aplica-se à posse das terras e dos edifícios, o interdito *utrubi,* à das coisas móveis. Havia entre os antigos grandes

Scanned with CamScanner

diferenças nos efeitos de cada um deles. No interdito *uti possidetis,* quem possuía a coisa, no momento do interdito, tinha ganho de causa, contanto que a outra parte não tivesse tomado posse por violência (*vi*), clandestinidade (*clam*) ou precariedade (*precario*), ainda que a tivesse tomado por violência, ou clandestina, entretanto, ou precariamente, a outrem. No interdito *utrubi,* ao contrário, tinha ganho de causa aquele que, durante a maior parte do ano, tivesse tido posse sem violência, clandestinidade ou precariedade, relativamente ao adversário. Hoje, porém, não é assim, pois esses interditos foram assimilados em seus efeitos quanto à posse, e, quer se trate de móveis, quer se trate de imóveis, tem ganho de causa quem ao tempo da litiscontestação tem posse sem violência (*nec vi*), clandestinidade (*nec clam*) ou precariedade (*nec precario*) relativamente à outra parte.

§ 5.º – Possui não somente quem tem a posse em pessoa, mas também quem tem a posse no próprio nome, mas por intermédio de outrem, ainda que não sujeito ao seu poder, como o colono, o inquilino, e, além destes, o depositário e o comodatário. Por isso se diz que o possuidor conserva a posse por meio de qualquer pessoa, que a possua em seu nome.

E ainda mais: conserva-a pela intenção tão-somente. Considera-se que conserva a posse quando alguém, sem estar nela, por si ou por intermédio de outrem, se afastou da coisa sem a intenção de abandonar a posse.

Quanto à aquisição da posse, expusemos no Livro Segundo quais pessoas que podem consegui-la, mas é indubitável que não se pode adquirir somente pela intenção.

§ 6.º – Tendo sido alguém espoliado da posse de um terreno ou de um edifício por violência, dá-se-lhe, para reivindicar, o interdito recuperatório (*recuperandae possessionis causa*). Esse interdito é o *unde vi,* e por ele o espoliador é obrigado a restituir a posse, embora o espoliado lhe houvesse tomado por violência, clandestinidade ou precariedade. Como acima dissemos, na conformidade das Constituições Imperiais, se alguém se apodera de alguma coisa por violência, perde a propriedade se dela for dono, e se não o for, deve restituí-la, e além disso, pagar o valor ao espoliado. Enfim, quem espolia violentamente fica sujeito à lei Julia pela violência privada ou pública (*Lex Julia de vi privata aut vi publica*), a saber, por violência privada, se espoliou sem armas, por violência pública, se espoliou à mão armada. Compreendem-se como *armas* não só escudos, espadas e capacetes, mas também cacetes e pedras.

Scanned with CamScanner

§ 7.º – A terceira divisão dos interditos é a que os classifica em simples e duplos. São simples aqueles em que um é autor e o outro réu, tais como os interditos restitutórios e exibitórios, pois autor é o que quer a restituição ou exibição, e é réu aquele de quem se pede a exibição ou restituição. Quanto aos interditos proibitórios, uns são simples, outros duplos. São simples, por exemplo, quando o pretor proíbe que se faça alguma coisa em lugar sagrado, ou no leito, ou na margem de um rio, pois é autor quem quer impedir que se faça e é réu quem quer fazer, sendo duplos, por exemplo, os interditos *uti possidetis* e *utrubi*. A denominação *duplos* provém do fato de ser igual a condição de ambas as partes, e de não ser nenhuma, nem autor e nem réu, mas figurando uma e outra autor e réu, simultaneamente.

§ 8.º – Inútil tratarmos do processo e da decisão final que os interditos continham antigamente. Todas as vezes que ocorre a jurisdição extraordinária, e isso acontece hoje em todas as ações, não é mais necessário conceder-se o interdito, mas a ação é julgada sem ele, como se, em conseqüência do interdito, se houvesse concedido uma ação útil.

Scanned with CamScanner

Título XVI
DA PENA APLICADA AOS LITIGANTES TEMERÁRIOS
(*De poena temere litigantium*)

Observemos, aqui, que os criadores do direito sempre trataram de impedir que houvesse litígios facilmente, sendo também essa a nossa preocupação. O melhor meio de conseguir isso é reprimir a audácia dos autores e réus, quer com penas pecuniárias, quer com juramentos, quer com temor da infâmia.

§ 1.º – Com base em nossa Constituição, o juramento é deferido a todos os demandados. Não se admite que o réu faça a própria defesa, sem jurar que está contestando consciente da justiça da causa.

Além disso, em certas causas, a ação é elevada ao dobro, ou ao triplo, contra os que negaram, como no dano injusto, ou no legado, feito a estabelecimento pio. Há outros casos em que, desde o início, a ação não é simples, como, por exemplo, no furto manifesto, que é do quádruplo, no furto não-manifesto, que é do dobro, porque nessas causas, e em algumas outras semelhantes, mesmo que o réu negue, ou confesse, a ação é sempre mais do que simples. Reprime-se a chicana do autor, pois é ele igualmente obrigado a prestar por nossa Constituição o juramento *de calumnia*.

Os advogados de uma parte e de outra devem prestar também o juramento, prescrito em uma de nossas Constituições. Todas essas formalidades foram criadas para substituir a antiga ação de calúnia, caída em desuso, porque punia o autor com a pena da décima parte do valor da causa,

Scanned with CamScanner

pena que, entretanto, nunca vimos aplicada. Em lugar dela, introduzimos o *juramento* de que falamos, e a obrigação, que tem a parte de má-fé, de pagar à outra parte perdas e danos, além das custas.

§ 2.º – Em certas ações, a condenação é infamante, como, por exemplo, nas ações de furto, roubo, injúria, dolo, nas diretas de tutela, nas de mandato e nas de depósito; não, porém, nas contrárias. O mesmo se dirá da ação *pro socio*, que é direta, para ambas as partes, e na qual, por conseguinte, a condenação é infamante para qualquer dos sócios. Nas ações de furto, roubo, injúria e dolo, é infamante não só a condenação, como também o pacto, pois há diferença essencial entre ser devedor por contrato e ser devedor por delito cometido.

§ 3.º – O processo das ações deriva do dispositivo do edito em que o pretor trata do chamamento a juízo (*de in jus vocando*). Cumpre, antes de tudo, citar o adversário em juízo, ou seja, perante o magistrado competente.

Nesse ponto do edito, ordena o pretor que os descendentes e libertos não poderão chamar a juízo ascendentes, patronos, ascendentes e descendentes dos patronos e patronas, sem pedir e conseguir a anuência do pretor, sob pena de terem de pagar multa de cinqüenta soldos.

Scanned with CamScanner

Título XVII

DO OFÍCIO DO JUIZ

(*De officio judicis*)

Resta-nos tratar do ofício do juiz. Seu primeiro dever é julgar conforme as leis, as Constituições e os costumes.

§ 1.° – Assim, em ação noxal, se lhe parecer dever ser condenado o senhor, redigirá o juiz assim a sentença: *Condeno Públio Mévio a pagar a Lúcio Tício dez moedas de ouro, ou dá-las em noxa.*

§ 2.° – Em ações reais, se o juiz decidir contra o autor, deverá absolver o possuidor, mas se julgar contra o possuidor, deverá ordenar a restituição da coisa com os respectivos frutos. Se o possuidor se declarar na impossibilidade de fazer imediatamente a restituição, parecendo ao juiz que o pedido de prazo é feito sem fraude, deve conceder-lhe, desde que preste fiança pela litis-estimação, no caso de não fazer a restituição no prazo concedido.

No caso de petição de herança, observam-se as mesmas regras sobre os frutos, já expostas a respeito da coisa singular. Relativamente ao possuidor de má-fé, os frutos, que deixou de perceber por sua culpa, contam-se do mesmo modo, numa e noutra ação. O possuidor de boa-fé, ao contrário, não deve prestar conta dos frutos consumidos, nem dos que deixou de perceber. Depois de iniciada a ação, deve, porém, dar conta dos frutos, que deixou de perceber e dos que consumiu depois de percebidos.

§ 3.° – Na ação *ad exhibendum,* não basta que o réu exiba a coisa, sendo de rigor ainda que exiba o respectivo título, para que o autor tenha o título que teria tido se, quando moveu a ação, a exibição tivesse ocorrido. Por isso, se, com a demora, o possuidor usucapir a coisa, será, não

Scanned with CamScanner

obstante, condenado. Além disso, deve o juiz contar os frutos havidos durante o interregno, isto é, do tempo decorrido entre a propositura da ação *ad exhibendum* e a sentença. Se o réu declara ser impossível a exibição imediata, pedindo prazo e parecendo que o faz sem fraude, deve o juiz concedê-lo, contanto que preste fiança de que restituirá a coisa, mas, se não fizer, por ordem do juiz, a exibição imediata ou não prestar fiança pela exibição ulterior, deverá ser condenado a indenizar o autor pelo interesse que havia em fazer-se imediatamente a exibição.

§ 4.º – Na ação de partilha (*familiae erciscundae*), o juiz deverá adjudicar as coisas, uma a cada herdeiro, e, se a adjudicação parecer mais favorável a um do que a outro, deverá condenar este último a devolver a seu herdeiro certa quantia, como deixamos dito. Cada herdeiro deve ser condenado a devolver ao co-herdeiro os frutos hereditários que percebeu sozinho, ou as coisas que deteriorou, ou consumiu. E essas regras são as mesmas, quando houver vários herdeiros.

§ 5.º – O mesmo acontece com a ação de divisão (*de communi dividundo*), quando se trata de dividir diferentes coisas. Quando se trata de uma só coisa, como, por exemplo, de um terreno, se se puder dividi-lo pacificamente, o juiz deverá adjudicar as partes a cada um em particular, e, caso a parte de um seja mais vantajosa, deverá ele devolver à outra parte certa quantia.

Se o objeto for insuscetível de divisão, como um escravo ou um animal, deverá adjudicá-lo por inteiro a um dos herdeiros, devendo este ser condenado a entregar ao outro quantia certa.

§ 6.º – Na ação de demarcação (*finium regundorum*), o juiz deverá examinar se é necessária a adjudicação. Em um caso, é sempre necessária, ou seja, quando for necessário distinguir os campos por limites mais precisos que os antigos.

É preciso, então, adjudicar, a um, uma parte do campo do outro, e, por conseguinte, o adjudicatário deve ser condenado a pagar ao outro quantia certa.

Nessa ação, deve igualmente ser condenado quem comete fraude sobre os limites, por exemplo, tirando os marcos ou cortando as árvores, que servem de divisas. A condenação por contumácia também se dá quando alguém, contra o mandado do juiz, se opõe à medição do campo.

Nessas ações, a coisa adjudicada entra, imediatamente, para a propriedade do adjudicatário.

Scanned with CamScanner

TÍTULO XVIII

DOS PROCESSOS PÚBLICOS
(De publicis judiciis)

Os processos públicos não se organizam do mesmo modo que as ações, não tendo semelhança alguma com os outros processos já expostos, mas, ao contrário, muito se diferenciam, quer na propositura, quer no rito.

§ 1.º – Chamam-se processos públicos, porque, em geral, qualquer cidadão pode propô-los.

§ 2.º – Os processos públicos são capitais ou não capitais. Capitais são os que levam o culpado ao suplício último ou à interdição do uso da água e do fogo, ou seja, ao exílio, ou à condenação às minas.

Os outros processos, embora imponham a nota de infâmia, acrescentam também a pena pecuniária, e são públicos, mas não capitais.

§ 3.º – Entre os juízos públicos está a lei Júlia de lesa-majestade (*Lex Julia majestatis*), que pune os culpados de maquinações contra o Imperador ou contra o Estado. A pena cominada é a de morte e a lembrança do culpado é proibida.

§ 4.º – Igualmente, a lei Júlia sobre o adultério (*Lex Julia de adulteriis*) pune com decapitação não só os que maculam o leito alheio, como os que se entregam à infame libidinagem com homens. A mesma lei pune também a cópula, sem violência, com virgem ou viúva que viva honestamente. A pena contra os culpados, quando de condição nobre, é o confisco da metade dos bens; quando de baixa extração, é a pena corporal com o relego.

Scanned with CamScanner

§ 5.º – A lei Cornélia sobre os sicários (*Lex Cornelia de sicariis*) pune os assassinos ou os que andam armados para matar alguém. Pela palavra *arma* (*telum*), conforme o que escreveu o nosso Gaio, na interpretação da Lei das XII Tábuas, designa-se, em geral, tudo quanto é lançado por um arco, mas essa palavra indica também tudo quanto é lançado com a mão. Assim, a pedra, o pedaço de madeira ou de ferro estão compreendidos nessa denominação, porque a palavra *telum* do grego *telou* (*longe*) vem do fato de se lançar longe.

Encontramos também esse mesmo significado na língua grega, pois o que chamamos *telum* os gregos chamam *belos,* que vem de *ballestái* (lançar).

É o que diz Xenofonte com estas palavras: *Trouxeram projéteis* (béle), *lanças, flechas, fundas e grande quantidade de pedras.*

Os sicários são assim chamados por causa do nome *sica,* que quer dizer *punhal*. A mesma lei pune de morte envenenadores, que, por artifícios odiosos, venenos e encantamentos, matem alguém ou vendam publicamente substâncias nocivas.

§ 6.º – Outra lei, a Lei Pompéia sobre os parricidas (*Lex Pompeia de parricidiis*), pune o mais terrível dos crimes com um especial suplício. Segundo essa lei, aquele que apressar a morte do pai, filho ou outro parente, cujo assassinato se compreenda sob o nome de parricídio, quer o tenha feito abertamente, quer secretamente, e também o instigador, ou o co-autor desse crime, ainda que estranho à família, serão punidos com a mesma pena cominada ao parricídio.

Essa pena não consiste em morrer pela *espada* ou pelo *fogo*, nem por nenhuma outra punição comum. O condenado será costurado em um saco com um cão, um galo, uma víbora e uma macaca e, encarcerado nessa prisão fatal, será, conforme a natureza do lugar, lançado ao mar ou ao rio, para que não possa fazer uso de todos os elementos, mesmo antes da morte, por um lado, faltando aos seus olhos o céu, por outro, a seu cadáver a terra.

Aquele que matar outras pessoas, unidas a ele por cognação, ou afinidade, sofrerá a pena da Lei Cornélia sobre os sicários.

§ 7.º – A Lei Cornélia de falsidade (*Lex Cornelia de salvis*), também chamada *testamentária,* pune o que, com falsidade, escrever, selar,

Scanned with CamScanner

ler ou substituir testamento ou qualquer outro instrumento, assim como o que, conscientemente e com dolo mau, fizer, gravar ou utilizar sinal falso. A pena é o suplício último contra os escravos, do mesmo modo que, na lei dos sicários e envenenadores, contra homens livres a pena é a de exílio.

§ 8.º – A Lei Júlia sobre a violência pública ou privada (*Lex Julia de vi publica vel privata*) pune os que cometem violência à mão armada ou sem armas. A pena cominada pela lei Júlia contra a violência pública é a de exílio e contra a violência feita sem armas, é o confisco de um terço dos bens. Pelo rapto de virgem, viúva ou religiosa, ou de outra mulher com violência, o autor e os co-autores são punidos com a morte, nos termos de nossa Constituição, na qual se encontrarão maiores pormenores sobre esse assunto.

§ 9.º – A Lei Júlia sobre peculato (*Lex Julia de peculato*) manda punir os que furtam dinheiro ou objetos públicos, sagrados ou religiosos. Os magistrados que, no tempo de sua administração, se apossaram de dinheiros públicos são punidos com a morte, assim como os que lhes prestaram auxílio e os que guardaram o produto do furto, sabendo dessa condição. A pena para as outras pessoas pela violação desta lei é a de exílio.

§ 10 – Há ainda a lei Fábia dos plagiários (*Lex Fabia de plagiariis*), que manda aplicar, em certos casos, a pena capital, segundo as Constituições Imperiais e, em outros, pena mais branda.

§ 11 – Entre os processos públicos também figuram o da lei Júlia do suborno (*Lex Julia de ambitu*), o da lei Júlia das concussões (*Lex Julia repetundarum*), o da lei Júlia dos alimentos (*Lex Julia de annona*) e o da lei Júlia dos alcances de contas (*Lex Julia de residuis*), relativos a certos fatos especiais, aos quais não se comina pena de morte, mas se cominam outras penas.

§ 12 – Esta exposição somente teve por objetivo fazer-vos indicação sumária e não pormenorizada. Nos livros mais desenvolvidos do *Digesto*, ou *Pandectas*, adquirireis, ajudando Deus, conhecimentos mais profundos.